٥/١ ظ

/ كِتابُ الغَصْبِ

الغَصْبُ : هو الاسْتِيلَاءُ على مالِ غيرِه بِغَيْرِ حَقٍّ . وهو مُحَرَّمٌ بالكِتَابِ والسُّنَّةِ والإِجْمَاعِ . أَمَّا الكِتَابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[1] . وقولُه تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[2] . وقولُه تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا ﴾[3] . والسَّرِقَةُ نَوْعٌ مِن الغَصْبِ . وأَمَّا السُّنَّةُ ، فرَوَى جابِرٌ ، أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال في خُطْبَتِه يومَ النَّحْرِ : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُم هٰذَا فِي شَهْرِكُمْ هٰذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هٰذَا » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وغيرُه[4] . وعن سَعِيدِ بن زَيْدٍ قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « مَنْ أَخَذَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ ظُلْمًا ، طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » . مُتَّفَقٌ عليه[5] . ورَوَى أبو حُرَّةَ الرَّقاشِيُّ ، عن عَمِّه وعَمْرِو بن يَثْرِبِيٍّ ، عن النبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » . رَوَاهُ أبو إسحاقَ الجُوزَجَانِيُّ[6] . وأَجْمَعَ المُسْلِمُونَ على تَحْرِيمِ الغَصْبِ في الجُمْلَةِ ، وإِنَّما

---

(١) سورة النساء ٢٩ .

(٢) سورة البقرة ١٨٨ .

(٣) سورة المائدة ٣٨ .

(٤) تقدم تخريجه في : ٥ / ١٥٦ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض ، من كتاب المظالم . وفي : باب ما جاء في سبع أرضين ، من كتاب بدء الخلق . صحيح البخاري ٣ / ١٧٠ ، ٤ / ١٣٠ . ومسلم ، في : باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ، من كتاب المساقاة ٣ / ١٢٣٠ ، ١٢٣٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب من أخذ شبرًا من الأرض ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٦٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٨٧ - ١٩٠ .

(٦) تقدم تخريجه في : ٦ / ٦٠٦ .

اخْتَلَفُوا فى فُرُوعٍ مِنه . إذا ثَبتَ هذا ، فمَن غَصَبَ شيئا لَزِمَهُ رَدُّه ، ما كان بَاقِيًا ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه . لقولِ النبىِّ ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ »[7] . ولأنَّ حَقَّ المَغْصُوبِ منه مُتَعَلِّقٌ[8] بعَيْنِ مالِه ومَالِيَّته ، ولا يَتَحَقَّقُ ذلك إلَّا بِرَدِّه . فإن تَلِفَ فى يَدِه ، لَزِمَهُ بَدَلُه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾[9] . ولأنَّه لمَّا تَعَذَّرَ رَدُّ العَيْنِ ، وَجَبَ رَدُّ ما يَقُومُ مَقَامَها فى المالِيَّةِ . ثم يُنْظَرُ ؛ فإن كان ممَّا تَتَمَاثَلُ أَجْزاؤُه ، وتَتَفاوَتُ صِفَاتُه ، كالحُبُوبِ والأَدْهَانِ ، وَجَبَ مِثْلُه ، لأنَّ المِثْلَ أَقْرَبُ إليه من القِيمَةِ ، وهو[10] مُمَاثِلٌ له من طَرِيقِ الصُّورَةِ والمُشاهَدَةِ والمَعْنَى ، والقِيمَةُ[10] مُمَاثِلَةٌ من طَرِيقِ الظَّنِّ والاجْتِهادِ ، فكان ما طَرِيقُه المُشاهَدَةُ مُقَدَّمًا ، كما يُقَدَّمُ النَّصُّ على القِيَاسِ ، لكَوْنِ النَّصِّ طَرِيقهُ الإدْرَاكُ بالسَّمَاعِ ، والقِيَاسُ طَرِيقُه الظَّنُّ والاجْتِهَادُ . وإن كان غيرَ مُتَقارِبِ الصِّفَاتِ ، وهو ما عدا المَكِيلَ والمَوْزُونَ ، وَجَبَتْ قِيمَتُه ، فى قولِ الجَمَاعَةِ . وحُكِىَ عن العَنْبَرِىِّ : يَجِبُ فى كلِّ شىءٍ مِثْلُه ؛ لما رَوَتْ جَسْرَةُ / بنتُ دَجاجَة ، عن عائِشَةَ رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّها قالتْ : ما رَأَيْتُ صَانِعًا مثلَ حَفْصَة ، صَنَعَتْ طَعَامًا ، فبَعَثَتْ به إلى النبىِّ ﷺ ، فأَخَذَنِى الأَفْكَلُ[11] فكَسَرْتُ الإناءَ ، فقلتُ : يا رسولَ الله ، ما كَفَّارَةُ ما صَنَعْتُ ؟ فقال : « إنَاءٌ مِثْلُ الإنَاءِ ، وطَعَامٌ مِثْلُ الطَّعَامِ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[12] . وعن أنسٍ ، أنَّ إحْدَى نِسَاءِ النَّبىِّ ﷺ كَسَرَتْ قَصْعَةَ الأُخْرَى ، فدَفَعَ النبىُّ ﷺ قَصْعَةَ الكاسِرَةِ إلى رسولِ صاحِبَةِ المَكْسُورَةِ ، وحَبَسَ المَكْسُورَةَ فى بَيْتِه . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ مُطَوَّلًا ، ورَوَاهُ ٢/٥و

---

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٢ .

(٨) فى ب ، م : « معلق » .

(٩) سورة البقرة ١٩٤ .

(١٠ – ١٠) سقط من : الأصل .

(١١) الأفكل : الرعدة من بردٍ أو خوف ، والمراد هنا من الغيرة .

(١٢) فى : باب فى من أفسد شيئا يغرم مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٧ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الغيرة ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧ / ٦٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ١٤٨ ، ٢٧٧ .

التِّرمِذِيُّ نحوَه[١٣] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . ولأنَّ النبيَّ ﷺ اسْتَسْلَفَ بَعِيرًا ، وَرَدَّ مثلَه[١٤] . ولَنا ؛ ما رَوَى عبدُ الله بن عُمَرَ ، أنَّ النبيَّ ﷺ ، قال : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ » . مُتَّفَقٌ عليه[١٥] . فأمَرَ بالتَّقْوِيمِ فى حِصَّةِ الشَّرِيكِ ؛ لأنَّها مُتْلَفَةٌ بالعِتْقِ ، ولم يَأْمُرْ بالمِثْلِ . ولأنَّ هذه الأَشْيَاءَ لا تَتَساوَى أجْزاؤُها ، وتَتَبايَنُ صِفَاتُها ، فالقِيمَةُ فيها أَعْدَلُ وأَقْرَبُ إليها ، فكانت أَوْلَى . وأما الخَبَرُ فَمَحْمُولٌ على أنَّه جَوَّزَ ذلك بالتَّراضِي ، وقد عَلِمَ أنَّها تَرْضَى بذلك .

فصل : وما تَتَماثَلُ أَجْزاؤُه ، وتَتَقارَبُ صِفَاتُه ، كالدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ والحُبُوبِ والأَدْهانِ ، ضُمِنَ بِمِثْلِه . بغير خِلَافٍ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : كلُّ مَطْعُومٍ ، من مَأْكُولٍ أو مَشْرُوبٍ ، فمُجْمَعٌ على أنَّه يَجِبُ على مُسْتَهْلِكِه مِثْلُه لا قِيمَتُه . وأمَّا سائِرُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه يُضْمَنُ بمِثْلِه أيضا ؛ فإنَّه قال : فى رِوَايَةِ حَرْبٍ ،

---

(١٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من أفسد شيئا يغرم مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ /٢٦٧ . والترمذى ، فى : باب فى من يكسر له الشىء ما يحكم له من مال الكاسر ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ /١١٣ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره ، من كتاب المظالم . صحيح البخارى ٣ / ١٧٩ .

(١٤) أخرجه مسلم ، فى : باب من استسلف شيئا فقضى خيرا منه ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢٤ ، ١٢٢٥ ، وأبو داود ، فى : باب فى حسن القضاء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٢٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى استقراض البعير ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦ / ٥٦–٥٨ . والنسائى ، فى : باب استسلاف الحيوان واستقراضه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٥٦ . وابن ماجه ، فى : باب السلم فى الحيوان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٦٧ . والدارمى ، فى : باب فى الرخصة فى استقراض الحيوان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٥٤ . والإمام مالك ، فى : باب ما يجوز من السلف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢ / ٦٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٩٠ .

(١٥) أخرجه البخارى ، فى : باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل ، وباب الشركة فى الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفى : باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين ، وباب إذا أعتق نصيبا فى عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ٣ / ١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . ومسلم ، فى : أول كتاب العتق ، وفى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٢ / ١١٣٩ ، ١١٤٠ ، ٣ / ١٢٨٦ ، ١٢٨٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من أعتق نصيبا له من مملوك ، وباب من ذكر السعاية فى هذا الحديث ، وباب فى من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتاق . سنن أبى داود ٢ / ٣٤٨–٣٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ٩٢–٩٤ . والنسائى ، فى : باب الشركة بغير مال ، وباب الشركة فى الرقيق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٠ ، ٢٨١ . وابن ماجه ، فى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢ ، ١٥ ، ٤ / ٣٧ .

وإبراهيم بنَ هَانِئٍ[١٦] : ما كان من الدَّرَاهِمِ والدَّنَانِيرِ ، وما يُكَالُ ويُوزَنُ ، فعليه مِثْلُه دُونَ القِيمَةِ . فظَاهِرُ هذا وُجُوبُ المِثْلِ فى كلِّ مَكِيلٍ ومَوْزُونٍ ، إلَّا أن يكونَ ممَّا فيه صِنَاعَةٌ ، كمَعْمُولِ الحَدِيدِ والنُّحَاسِ والرَّصَاصِ من الأَوَانِى والآلاتِ ونحوِها . والحَلْيِ من الذَّهَبِ والفِضَّةِ وشِبْهِه ، والمَنْسُوجِ من الحَرِيرِ والكَتَّانِ والقُطْنِ والصُّوفِ والشَّعْرِ ، والمَغْزُولِ من ذلك ، فإنَّه يُضْمَنُ بقِيمَتِه ؛ لأنَّ الصِّنَاعَةَ تُؤَثِّرُ فى قِيمَتِه ، وهى مُخْتَلِفَةٌ ، فالقِيمَةُ فيه أَحْصَرُ ، فأَشْبَه غيرَ المَكِيلِ والمَوْزُونِ . وذَكَرَ القاضى أنَّ النُّقْرَةَ[١٧] والسَّبِيكَةَ من الأَثْمانِ ، والعِنَبَ والرُّطَبَ والكُمَّثْرَى إنَّما[١٨] يَضْمَنُه[١٩] بقِيمَتِه . وظاهِرُ / كلامِ أحمدَ يَدُلُّ على ما قُلْنا . وإنَّما خَرَجَ منه ما فيه الصِّنَاعَةُ ؛ لما ذَكَرْنا . ويَحْتَمِلُ أن يَضْمَنَ النَّقْرَةَ بقِيمَتِها ، لِتَعَذُّرِ وُجُودِ مِثْلِها إلَّا بتَكْسِيرِ الدَّرَاهِمِ المَضْرُوبَةِ وسَبْكِها ، وفيه إتْلَافٌ . ٢/٥ ظ

فعلَى هذا ، إن كان المَضْمُونُ بِقِيمَتِه من جِنْسِ الأَثْمانِ ، وَجَبَتْ قِيمَتُه من غَالِبِ نَقْدِ البَلَدِ ، فإن كانتْ من غيرِ جِنْسِه ، وَجَبَتْ بكلِّ حالٍ ، وإن كانتْ من جِنْسِه ، فكانت مَوْزُونَةً وَجَبَتْ[٢٠] . وإن كانت أَقَلَّ أو أَكْثَرَ ، قُوِّمَ بغير جِنْسِه ، لئلَّا يُؤَدِّىَ إلى الرِّبَا . وقال القاضى : إن كانتْ فيه صِنَاعَةٌ مُبَاحَةٌ ، فزَادَتْ قِيمَتُه من أَجْلِها ، جازَ تَقْوِيمُه بِجِنْسِه ؛ لأنَّ ذلك قِيمَتُه ، والصِّنَاعَةُ لها قِيمَةٌ ، وكذلك لو كُسِرَ الحَلْىُ ، وَجَبَ أَرْشُ كَسْرِه ، ويُخَالِفُ البَيْعَ ، لأنَّ الصِّنَاعَةَ لا يُقَابِلُها العِوَضُ فى العُقُودِ ، ويُقَابِلُها فى الإتْلَافِ ، أَلَا تَرَى أنَّها لا تَنْفَرِدُ بالعَقْدِ ، وتَنْفَرِدُ بضَمَانِها بالإتْلَافِ . قال بعضُ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ : هذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وذكر بعضُهم مثلَ القولِ الأَوَّلِ ، وهو الذى ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّ القِيمَةَ مَأْخُوذَةٌ على سَبِيلِ العِوَضِ ، فالزِّيَادَةُ فيه رِبًا ،

---

(١٦) أبو إسحاق إبراهيم بن هانئ النيسابورى ، نقل عن الإمام أحمد مسائل كثيرة ، وكان ورعا صالحا ، صبورا على الفقر ، توفى سنة خمس وستين ومائتين . طبقات الحنابلة ١ / ٩٧ ، ٩٨ .

(١٧) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

(١٨) سقط من : ا ، م .

(١٩) فى ب ، م : « يضمن » .

(٢٠) فى م زيادة : « قيمته » .

كالبَيْعِ وكالنَّقْصِ . وقد قال أحمدُ ، فى رِوَايَةِ ابن مَنْصُورٍ : إذا كَسَرَ الحَلْىَ ، يُصْلِحُه أَحَبُّ إلىَّ . قال القاضى : وهذا مَحْمُولٌ على أنَّهما تَرَاضَيا بذلك ، لا أنَّه على طَرِيقِ الوُجُوبِ . وهذا فيما إذا كانت الصِّنَاعَةُ مُبَاحَةً ، فإن كانت مُحَرَّمَةً كالأَوَانِى وحَلْىِ الرِّجَالِ ، لم يَجُزْ ضَمَانُه بأَكْثَرَ من وَزْنِه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ الصِّنَاعَةَ لا قِيمَةَ لها شَرْعًا ، فهى كالمَعْدُومَةِ .

٨٦٢ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فغَرَسَها ، أُخِذَ بِقَلْعِ غَرْسِه وأُجْرَتِهَا إلى وَقْتِ تَسْلِيمِهَا ، ومِقْدَارِ نُقْصَانِهَا ، إنْ كَانَ نَقصَهَا الغَرْسُ**) .

الكَلَامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى فُصُولٍ : **أحدها** ، أنَّه يُتَصَوَّرُ غَصْبُ العَقَارِ من الأَرَاضِى والدُّورِ ، ويَجِبُ ضَمَانُها على غاصِبِهَا . هذا ظاهِرُ مذهبِ أحمدَ ، وهو المَنْصُوصُ عن أَصْحَابِه ، وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، ومحمدُ بن الحَسَنِ . ورَوَى ابنُ مَنْصُورٍ ، عن أحمدَ فى مَن غَصَبَ أَرْضًا فزَرَعَها ، ثم أصابَها غَرَقٌ من الغاصِبِ ، غَرِمَ قِيمَةَ الأَرْضِ ، وإن كان شيئا من السَّمَاءِ ، لم يكُنْ عليه شىءٌ . وظَاهِرُ هذا أنَّها لا تُضْمَنُ بالغَصْبِ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ : لا يُتَصَوَّرُ غَصْبُها ، ولا تُضْمَنُ بالغَصْبِ ،
٣/٥ و / وإن أَتْلَفَها ، ضَمِنَها بالإِتْلَافِ ؛ لأنَّه لا يُوجَدُ فيها النَّقْلُ والتَّحْوِيلُ[١] ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو حالَ بينه وبين مَتَاعِه ، فتَلِفَ المَتَاعُ ؛ لأنَّ الغَصْبَ إِثْباتُ اليَدِ على المالِ عُدْوانًا على وَجْهٍ تَزُولُ به يَدُ المالِكِ ، ولا يُمْكِنُ ذلك فى العَقَارِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « مَنْ ظَلَمَ قِيدَ شِبْرٍ مِنَ الْأَرْضِ ، طُوِّقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » . [٢]رَوَاهُ البُخَارِىُّ[٣] عن عائِشَةَ[٢] . وفى لَفْظٍ : « مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنَ الْأَرْضِ » . فأَخْبَرَ النبىُّ ﷺ أنَّه يُغْصَبُ ويُظْلَمُ فيه . ولأنَّ ما ضُمِنَ فى البَيْعِ ، وَجَبَ ضَمَانُه فى الغَصْبِ ، كالمَنْقُولِ ، ولأنَّه

---

(١) فى م : « والتحريم » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٦٠ .

يُمْكِنُ الاسْتِيلَاءُ عليه على وَجْهٍ يَحُولُ بينه وبين مَالِكِه ، مثل أن يَسْكُنَ الدَّارَ ويَمْنَعَ مالِكَها من دُخُولِهَا ، فأَشْبَهَ مالو أخَذَ الدَّابَّةَ والمَتاعَ . وأمَّا إذا حال بينه وبين مَتاعِه ، فما اسْتَوْلَى على مالِه ، فنَظِيرُه هٰهُنا أن يَحْبِسَ المالِكَ ، ولا يَسْتَوْلِى على دَارِه . وأمَّا ما تَلِفَ من الأرْضِ بِفِعْلِه ، أو سَبَبِ فِعْلِه ، كهَدْمِ حِيطَانِها ، وتَغْرِيقِها ، وكَشْطِ تُرَابِهَا ، وإلْقاءِ الحِجَارَةِ فيها ، أو نَقْصٍ يَحْصُلُ بغَرْسِه أو بِنَائِه ، فيَضْمَنُه بغيرِ اخْتِلَافٍ فى المَذْهَبِ ، ولا بين العُلَماءِ ؛ لأنَّ هذا إتْلَافٌ ، والعَقَارُ يُضْمَنُ بالإتْلافِ من غيرِ اخْتِلَافٍ . ولا يَحْصُلُ الغَصْبُ من غيرِ اسْتِيلَاءٍ ، فلو دَخَلَ أرْضَ إنْسانٍ أو دَارَه ، لم يَضْمَنْها بدُخُولِه ، سواءٌ دَخَلَها بإذْنِه أو غيرِ إذْنِه ، وسواءٌ كان صَاحِبُها فيها أو لم يكُنْ . وقال بعضُ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ : إن دَخَلَها بغيرِ إذْنِه ، ولم يكُنْ صَاحِبُها فيها ، ضَمِنَها ، سواءٌ قَصَدَ ذلك ، أو ظَنَّ أنَّها دَارُه ، أو دَارٌ أذِنَ له فى دُخُولِها ؛ لأنَّ يَدَ الدَّاخِلِ ثَبَتَتْ عليها بذلك ، فيَصِيرُ غَاصِبًا ، فإنَّ الغَصْبَ إثْبَاتُ اليَدِ العَادِيَةِ ، وهذا قد ثَبَتَتْ يَدُه ، بِدَلِيلِ أنَّهما لو تَنَازَعَا فى الدَّارِ ولا بَيِّنَةَ لهما ، حُكِمَ بها لمن هو فيها ، دُونَ الخَارِجِ منها . ولَنا ، أنَّه غيرُ مُسْتَوْلٍ عليها ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو دَخَلَها بإذْنِه ، أو دَخَلَ صَحْرَاءَهُ ، ولأنَّه إنَّما يَضْمَنُ بالغَصْبِ ما يَضْمَنُه فى العَارِيَّةِ ، وهذا لا تَثْبُتُ به العَارِيَّةُ ، ولا يَجِبُ به الضَّمَانُ فيها ، فكذلك لا يَثْبُتُ به الغَصْبُ ، إذا كان بغيرِ إذْنٍ .

الفصل الثانى : أنَّه إذا غَرَسَ فى أرْضِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، أو بَنَى فيها ، فطَلَبَ صاحِبُ الأرْضِ قَلْعَ غِرَاسِه أو بِنَائِه ، لَزِمَ الغاصِبَ ذلك . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لما رَوَى سَعِيدُ بن زَيْدِ بن عَمْرِو بن نُفَيْلٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، والتِّرْمِذِىُّ[(٤)] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . ورَوَى / أبو دَاوُدَ ، وأبو عُبَيْدٍ فى الحَدِيثِ أنَّه ٣/٥ظ
قال : فلقد أخْبَرَنِى الذى حَدَّثَنِى هذا الحَدِيثَ ، أنَّ رَجُلًا غَرَسَ فى أرْضِ رَجُلٍ من الأنْصارِ ، مِن بنى بَيَاضَةَ ، فَاخْتَصَمَا إلى النبىِّ ﷺ ، فقَضَى لِلرَّجُلِ بأرْضِه ، وقَضَى

(٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٥٨ .

لِلآخَرِ أن يَنْزِعَ نَخْلَهُ . قال : فلقد رَأَيْتُها تُضْرَبُ فى أُصُولِهَا بالفُؤُوسِ ، وإنَّها لَنَخْلٌ عُمٌّ[٥] . ولأنَّه شَغَلَ مِلْكَ غيرِه، بمِلْكِه الذى لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه ، بغيرِ إذْنِه، فلَزِمَهُ تَفْرِيغُه ، كما لو جَعَلَ فيه قُمَاشًا . وإذ قَلَعَها لَزِمَهُ تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ورَدُّ الأَرْضِ إلى ما كانت عليه ؛ لأنَّه ضَرَرٌ حَصَلَ بِفِعْلِه فى مِلْكِ غيرِه ، فلَزِمَتْهُ إزَالَتُه . وإن أرادَ صاحِبُ الأَرْضِ أَخْذَ الشَّجَرِ والبِنَاءِ بغيرِ عِوَضٍ ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِ الغاصِبِ ، فلم يَمْلِكْ صاحِبُ الأَرْضِ أَخْذَه ، كما لو وَضَعَ فيها أثاثًا أو حَيَوانًا . وإن طَلَبَ أَخْذَه بِقِيمَتِه ، وأَبَى مالِكُه إلَّا القَلْعَ ، فله القَلْعُ ؛ لأنَّه[٦] مِلْكُه ، فمَلَكَ نَقْلَهُ . ولا يُجْبَرُ على أَخْذِ القِيمَةِ ؛ لأنَّها مُعَاوَضَةٌ ، فلم يُجْبَرْ عليها . وإن اتَّفَقَ على تَعْوِيضِه عنه بالقِيمَةِ أو غيرِها ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، فجَازَ ما اتَّفَقَا عليه . وإن وَهَبَ الغاصِبُ الغِرَاسَ والبِنَاءَ لِمَالِكِ الأَرْضِ ، لِيَتَخَلَّصَ من قَلْعِه ، وقَبِلَهُ المالِكُ ، جَازَ . وإن أَبَى قَبُولَه ، وكان فى قَلْعِه غَرَضٌ صَحِيحٌ [٧]لم يُجْبَرْ على قَبُولِه ؛ لما تَقَدَّمَ ، وإن لم يكُنْ فيه غَرَضٌ صحيحٌ[٧] احْتَمَلَ أن يُجْبَرَ على قَبُولِه ؛ لأنَّ فيه رَفْعَ الخُصُومَةِ مِن غيرِ غَرَضٍ يَفُوتُ ، ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ ؛ لأنَّ فيه إجْبَارًا على عَقْدٍ يُعْتَبَرُ الرِّضَى فيه . وإن غَصَبَ أَرْضًا وغِرَاسًا من رَجُلٍ واحِدٍ ، فغَرَسَهُ فيها[٨] فالكُلُّ لِمَالِكِ الأَرْضِ . فإن طَالَبَهُ المالِكُ بِقَلْعِه ، وفى قَلْعِه غَرَضٌ ، أُجْبِرَ على قَلْعِه ؛ لأنَّه فَوَّتَ عليه غَرَضًا مَقْصُودًا بالأَرْضِ ، فأُخِذَ بإعَادَتِها إلى ما كانت ، وعليه تَسْوِيَةُ الأَرْضِ ، ونَقْصُها ، ونَقْصُ الغِرَاسِ ؛ لما ذَكَرْنا . وإن لم يكُنْ فى قَلْعِه غَرَضٌ ، لم يُجْبَرْ على قَلْعِه ؛ لأنَّه سَفَهٌ ، فلا يُجْبَرُ على السَّفَهِ . وقيل : يُجْبَرُ ؛ لأنَّ المالِكَ مُحَكَّمٌ فى مِلْكِه ، والغاصِبُ غيرُ مُحَكَّمٍ ، فإن أرادَ الغاصِبُ قَلْعَه ، ومَنَعَهُ المالِكُ[٩] لم يَمْلِكْ

---

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إحياء الموات ، من كتاب الإمارة ، سنن أبى داود ٢ / ١٥٨ . وأبو عبيد فى غريب الحديث ١ / ٢٩٦ .

وعُمٌّ : أى طوال . اللسان (ع م م) .

(٦) فى الأصل : « فإنه » .

(٧ – ٧) سقط من : م .

(٨) فى م : « فيه » .

(٩) فى م : « الحاكم » .

قَلْعه ؛ لأنَّ الجَميعَ مِلْكٌ لِلْمَغْصُوبِ منه ، فلم يَمْلِكْ غيرُه التَّصرُّفَ فيه بغيرِ إذْنِه .

فصل : والحُكْمُ فيما إذا بَنَى فى الأَرْضِ ، كالحُكْمِ فيما إذا غَرَسَ فيها فى هذا التَّفْصِيلِ جَمِيعِه ، إلَّا أنَّه يَتخرَّجُ أنَّه إذا بَذَلَ مالِكُ الأَرْضِ القِيمَةَ لِصَاحِبِ البِنَاءِ أُجْبِرَ على قَبُولِها ، إذا لم يكُنْ فى النَّقْضِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ؛ لأنَّ النَّقْضَ سَفَهٌ . / والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لما رَوَى الخَلَّالُ ، بإسْنادِه عن الزُّهْرِيِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عائِشَةَ ، قالتْ : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ بَنَى فِي رِبَاعِ قَوْمٍ بِإذْنِهِمْ فَلَهُ القِيمَةُ ، ومَنْ بَنَى بِغَيْرِ إذْنِهِمْ فَلَهُ النَّقْضُ »(١٠) . ولأنَّ ذلك مُعَاوَضَةٌ ، فلا يُجْبَرُ عليها . وإذا كانت الآلَةُ من تُرَابِ الأَرْضِ وأَحْجَارِهَا ، فليس لِلْغاصِبِ النَّقْضُ ، على ما ذَكَرْنا فى الغَرْسِ .

فصل : وإن غَصَبَ دَارًا ، فجَصَّصَها وزَوَّقَها وطَالَبَه رَبُّها بإزَالَتِه ، وفى إزَالَتِه غَرَضٌ ، لَزِمَهُ إزَالَتُه ، وأَرْشُ نَقْصِها إن نَقَصَتْ ، وإن لم يكُنْ فيه غَرَضٌ ، فوَهَبَهُ الغاصِبُ لِمَالِكِها ، أُجْبِرَ على قَبُولِه ؛ لأنَّ ذلك صِفَةٌ فى الدَّارِ ، فأشْبَهَ قِصَارَةَ الثَّوْبِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ ؛ لأنَّها أعْيَانٌ مُتَمَيِّزَةٌ ، فصارَتْ بِمَنْزِلَةِ القُمَاشِ . وإن طَلَبَ الغاصِبُ قَلْعَه ، ومَنَعَهُ المالِكُ ، وكان له قِيمَةٌ بعدَ الكَشْطِ ، فلِلْغاصِبِ قَلْعُه ، كما يَمْلِكُ قَلْعَ غِرَاسِه ، سواءٌ بَذَلَ له المالِكُ قِيمَتَهُ ، أو لم يَبْذلْ . وإن لم يكُنْ له قِيمَةٌ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يَمْلِكُ قَلْعَه ؛ لأنَّه عَيْنُ مَالِه . والثانى ، لا يَمْلِكُ ؛ لأنَّه سَفَهٌ يَضُرُّ ولا يَنْفَعُ ، فلم يُجْبَرْ عليه(١١) .

فصل : وإن غَصَبَ أَرْضًا ، فكَشَطَ تُرَابَها ، لَزِمَهُ رَدُّه وفَرْشُه على ما كان ، إن طَلَبَه المالِكُ ، وكان فيه غَرَضٌ صَحِيحٌ ، وإن لم يكُنْ فيه غَرَضٌ ، فهل يُجْبَرُ على فَرْشِه ؟

---

(١٠) أخرجه البيهقى ، فى : باب من بنى أو غرس فى أرض غيره ، من كتاب الغصب . السنن الكبرى ٦ / ٩١ . وابن عدى ، فى الكامل ٥ / ١٦٦٩ .

(١١) فى م زيادة : « وإن بذل المالك له قيمته ليتركه » .

يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وإن مَنَعَهُ المالِكُ فَرْشَهُ ، أو رَدَّهُ وطَلَبَ الغاصِبُ ذلك ، وكان فى رَدِّه غَرَضٌ من إزَالَةِ ضَرَرٍ ، أو ضَمَانٍ ، فله فَرْشُه ورَدُّه ، وعليه أجْرُ مِثْلِها مُدَّةَ شَغْلِها وأجْرُ نَقْصِها . وإن أخذَ تُرَابَ أرْضٍ ، فضَرَبَه[12] لِبنَاءٍ ، رَدَّ ، ولا شيءَ له ، إلَّا أن يكونَ قد جَعَلَ فيه تِبْنًا له ، فيكونَ له أن يَحُلَّهُ ويَأْخُذَ تِبْنَهُ . وإن كان لا يَحْصُلُ منه شىءٌ ، ففيه وَجْهانِ ، بِناءً على كَشْطِ التَّزْوِيقِ إذا لم يكُنْ[13] له قِيمَةٌ . وإن طَالَبَهُ المالِكُ بحَلِّه ، لَزِمَهُ ذلك إذا كان فيه غَرَضٌ ، وإن لم يكُنْ[13] فيه غَرَضٌ ، فعلى وَجْهَيْنِ . وإن جَعَلَهُ آجُرًّا أو فَخَّارًا ، لَزِمَهُ رَدُّه ، ولا أجْرَ له لِعَمَلِه ، وليس له كَسْرُهُ ، ولا لِلْمالِكِ إجْبارُه عليه ؛ لأنَّ ذلك سَفَهٌ لا يُفِيدُ ، وإتْلافٌ لِلْمالِ ، وإضَاعَةٌ له ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن إضَاعةِ المالِ[14] .

فصل : وإن غَصَبَ أرْضًا ، فحَفَرَ فيها بِئْرًا فطَالَبَهُ المالِكُ بِطَمِّهَا ، لَزِمَهُ ذلك ؛ لأنَّه يَضُرُّ بالأرْضِ ، ولأنَّ التُّرابَ مِلْكُه ، نَقَلَهُ من مَوْضِعِه ، فلَزِمَهُ رَدُّه ، كتُرَابِ الأرْضِ . وكذلك إن حَفَرَ فيها نَهْرًا ، أو حَفَرَ / بِئْرًا فى مِلْكِ رَجُلٍ بغير إذْنِه . وإن أرَادَ الغاصِبُ ٥/٤ ظ
طَمَّهَا ، فمَنَعَهُ المالِكُ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان له غَرَضٌ فى طَمِّها ، بأن يَسْقُطَ عنه ضَمَانُ ما يَقَعُ فيها ، أو يكونَ قد نَقَلَ تُرَابُها إلى مِلْكِ نَفْسِه ، أو مِلْكِ غيرِه ، أو طَرِيقٍ يَحْتاجُ إلى تَفْرِيغِه ، فله الرَّدُّ ؛ لما فيه من الغَرَضِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وإن لم يكُنْ له غَرَضٌ فى طَمِّ البِئْرِ ، مثل أن يكونَ قد وَضَعَ التُّرابَ فى مِلْكِ المَغْصُوبِ منه ، وأبْرَأَهُ المَغْصُوبُ منه ممَّا حَفَرَ ، وأذِنَ فيه ، لم يكُنْ له طَمُّهَا ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه إتْلافٌ لا نَفْعَ فيه ، فلم يكُنْ له فِعْلُه ، كما لو غَصَبَ نُقْرَةً ، فطَبَعَها دَرَاهِمَ ، ثم أرَادَ جَعْلَها نُقْرَةً . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والمُزَنِىُّ ، وبعضُ الشَّافِعِيَّةِ . وقال بعضُهم : له طَمُّها . وهو الوجْهُ الثانى لَنا ؛ لأنَّه لا يَبْرأُ من الضَّمَانِ بإبْرَاءِ المالِكِ ، لأنَّه إبْرَاءٌ ممَّا لم يَجِبْ بعدُ ، وهو أيضا إبْرَاءٌ من

---

(١٢) فى ب ، م : « فضرب به » .

(١٣-١٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥١٦ .

حَقِّ غيرِه وهو الواقِعُ فيها . ولنَا ، أنَّ الضَّمَانَ إنَّما لَزِمَهُ لِوُجُودِ التَّعدِّى ، فإذا رَضِىَ صاحِبُ الأرْضِ ، زَالَ التَّعدِّى ، فزَالَ الضَّمَانُ ، وليس هذا إبْرَاءً ممَّا لم يَجِبْ ، وإنَّما هو إسْقَاطُ التَّعدِّى برِضَائِه به . وهكذا يَنْبَغِى أن يكونَ إذا لم يَتَلَفَّظْ بالإبْرَاءِ ، ولكن مَنَعَهُ من طَمِّها ؛ لأنَّه يَتَضَمَّنُ رِضَاهُ بذلك .

الفصل الثالث : أنَّ على الغاصِبِ أجْرَ الأرْضِ منذُ غَصْبِهَا إلى وَقْتِ تَسْلِيمِها . وهكذا كلُّ ما لَهُ أجْرٌ ، فعلى الغاصِبِ أجْرُ مِثْلِه ، سواءٌ اسْتَوْفَى المَنافِعَ أو تَرَكَها حتى ذَهَبَتْ ؛ لأنَّها تَلِفَتْ فى يَدِه العَادِيَةِ ، فكان عليه عِوَضُها ، كالأعْيانِ . وإن غَصَبَ أرْضًا ، فبَنَاهَا دَارًا ، فإن كانت آلاتُ بِنَائِها من مالِ الغاصِبِ ، فعليه أجْرُ الأرْضِ دُونَ بِنَائِها ؛ لأنَّه إنَّما غَصَبَ الأرْضَ والبِنَاءُ له ، فلم يَلْزَمْهُ أجْرُ مالِه . وإن بَنَاهَا بتُرَابٍ منها ، وآلاتٍ لِلْمَغْصُوبِ منه ، فعليه أجْرُهَا مَبْنِيَّةً ؛ لأنَّ الدّارَ كلَّها مِلْكٌ لِلْمَغْصُوبِ منه ، وإنَّما لِلْغاصِبِ فيها أثَرُ الفِعْلِ ، فلا يكونُ فى مُقَابَلَتِه أجْرٌ ؛ لأنَّه وَقَعَ عُدْوانًا . وإن غَصَبَ دارًا ، فنَقَضَها ، ولم يَبْنِهَا ، فعليه أجْرُ دَارٍ إلى حينِ نَقْضِها ، وأجْرُهَا مَهْدُومَةً من حين نَقْضِهَا إلى حينِ رَدِّهَا ؛ لأنَّ البِنَاءَ انْهَدَمَ وتَلِفَ ، فلم يَجِبْ أجْرُهُ مع تَلَفِهَا[15] . وإن نَقَضَها ، ثم بَنَاهَا بآلَةٍ من عندِه ، فالحُكْمُ فيها كذلك . وإن بَنَاهَا بآلَتِها ، أو آلَةٍ من تُرابِها ، أو مِلْكِ المَغْصُوبِ منه[16] ، فعليه أجْرُهَا عَرْصَةً ، منذُ نَقَضَها إلى أن بَنَاهَا ، وأجْرُهَا / دارًا فيما قبلَ ذلك وبعدَه ؛ لأنَّ البِنَاءَ لِلْمالِكِ . وحُكْمُها فى نَقْضِ بِنَائِها الذى ٥/٥ و
بَنَاهُ الغاصِبُ ، حُكْمُ ما لو غَصَبَها عَرْصَةً فبَنَاهَا . وإن كان الغاصِبُ باعَها ، فبَنَاهَا المُشْتَرِى ، أو نَقَضَها ثم بَنَاهَا ، فالحُكْمُ لا يَخْتَلِفُ ، لكن[17] لِلْمالِكِ مُطَالَبَةَ مَن شاءَ منهما ، والرُّجُوعَ عليه ، فإن رَجَعَ على الغاصِبِ ، رَجَعَ الغاصِبُ على المُشْتَرِى بِقيمَةِ ما تَلِفَ من الأعْيانِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ دَخَلَ على أنَّه مَضْمُونٌ عليه بالعِوَضِ ،[18] فاسْتَقَرَّ ضَمَانُه عليه[18] . وإن رَجَعَ المالِكُ على المُشْتَرِى ، رَجَعَ المُشْتَرِى على الغاصِبِ بِنَقْصِ

---

(١٥) فى ب : « تلفه » .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) فى ب : « لأن » .

(١٨ – ١٨) فى الأصل : « لم يستقر ضمانه » .

التَّالِفِ ، ولم يَرْجِعْ بِقِيمَةِ ما تَلِفَ . وهل يَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ منهما على صَاحِبِه بالأَجْرِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وليس له مُطَالَبَةُ المُشْتَرِى[19] من الأَجْرِ إلَّا بأَجْرِ مُدَّةِ مُقَامِها فى يَدَيْه ؛ لأنَّ يَدَهُ إنَّما ثَبَتَتْ عليها حِينَئِذٍ .

الفصل الرابع : أنَّ على الغاصِبِ ضَمَانَ نَقْصِ الأَرْضِ ، إن كان نَقَصَها الغَرْسُ ، أو نَقَصَتْ بغيرِه . وهكذا كلُّ عَيْنٍ مَغْصُوبةٍ ، على الغاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِها إذا كان نَقْصًا مُسْتَقِرًّا ، كثَوْبٍ تَخَرَّقَ ، وإناءٍ تَكَسَّرَ ، وطَعَامٍ سَوَّسَ ، وبِنَاءٍ خُرِّبَ ، ونحوِه ، فإنَّه يَرُدُّهَا وأَرْشَ النَّقْصِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَلَ فى يَدِ الغاصِبِ ، فوَجَبَ ضَمَانُه ، كالقَفِيزِ من الطَّعَامِ ، والذِّرَاعِ من الثَّوْبِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا شَقَّ رَجُلٌ لِرَجُلٍ ثَوْبًا شَقًّا قَلِيلًا ، أَخَذَ أَرْشَهُ . وإن كان كَثِيرًا ، فصَاحِبُه بالخِيَارِ بين تَسْلِيمِه وأَخْذِ قِيمَتِه ، وبين إمْسَاكِه وأَخْذِ أَرْشِه . وقد رُوِىَ عن أحمدَ كلامٌ يَحْتَمِلُ هذا ؛ فإنَّه قال ، فى رِوَايةِ موسى بن سَعِيدٍ[20] ، فى الثَّوْب : إن شَاءَ شَقَّ الثَّوْبَ ، وإن شَاءَ مثلَه . يَعْنِى – والله أعلم – إن شاءَ أَخَذَ أَرْشَ الشَّقِّ[21] . وَوَجْهُه أنَّ هذه جِنَايَةٌ أَتْلَفَتْ مُعْظَمَ مَنْفَعَتِه ، فكانت له المُطَالَبَةُ بِقِيمَتِه ، كما لو قَتَلَ شاةً له . وحَكَى أَصْحابُ مَالِكٍ عنه ، أنَّه إذا جَنَى على عَيْنٍ ، فأَتْلَفَ غَرَضَ صَاحِبِها فيها ، كان المَجْنِىُّ عليه بالخِيَارِ ، إن شاءَ رَجَعَ بما نَقَصَتْ ، وإن شاءَ سَلَّمَها وأَخَذَ قِيمَتَها . ولَعَلَّ ما يُحْكَى عنه من قَطْعِ ذَنَبِ حِمَارِ القاضِى ، يَنْبَنِى[22] على ذلك ؛ لأنَّه أَتْلَفَ غَرَضَهُ به ، فإنَّه لا يَرْكَبُه فى العَادَةِ . وحُجَّتُهم أنَّه أَتْلَفَ المَنْفَعَةَ المَقْصُودَةَ من السِّلْعَةِ ، فلَزِمَتْه قِيمَتُها ، كما لو أَتْلَفَ جَمِيعَها . ولَنا ، أنَّها جِنَايَةٌ على مالٍ أَرْشُها دُونَ قِيمَتِه ، فلم يَمْلِكِ المُطَالَبَةَ بجَمِيعِ قِيمَتِه ، كما لو كان الشَّقُّ يَسِيرًا ، ولأنَّها جِنَايَةٌ تَنْقُصُ بها القِيمَةُ ، فأَشْبَهَ ما لو لم يَتْلَفْ

---

(١٩) فى م زيادة : « بشىء » .

(٢٠) موسى بن سعيد الدندانى ، ثقة ، رفيع القدر ، كانت عنده مسائل حسان ، ذكره أبو بكر الخلال ، فى كتابه . طبقات الحنابلة ١ / ٣٣٢ .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) فى الأصل : « مبنى » .

غَرَضُ صَاحِبِها ، / وفى الشَّاةِ تَلِفَ جَمِيعُها ؛ لأَنَّ الاعْتِبَارَ فى الإِتْلافِ بالمَجْنِيِّ عليه ، ٥/٥ظ
لا بِغَرَضِ صَاحِبِه ؛ لأَنَّ هذا إن لم يَصْلُحْ لهذا صَلَحَ لِغَيْرِه .

فصل : وقَدْرُ الأَرْشِ قَدْرُ[٢٣] نَقْصِ القِيمَةِ فى جَمِيعِ الأَعْيانِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وعن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ عَيْنَ الدَّابَّةِ تُضْمَنُ بِرُبْعِ قِيمَتِها . فإنَّه قال ، فى رِوَايَةِ أبى الحارِثِ ، فى رَجُلٍ فَقَأَ عَيْنَ دَابَّةٍ لِرَجُلٍ : عليه رُبْعُ قِيمَتِهَا . قيل له : فَقَأَ العَيْنَيْنِ ؟ فقال : إذا كانت واحِدَةً ، فقال عُمَرُ رُبْعُ القِيمَةِ ، وأَمَّا العَيْنانِ فما سَمِعْتُ فيهما شَيْئًا . قيل له : فإن كان بَعِيرًا أو بَقَرَةً أو شَاةً ؟ فقال : هذا غيرُ الدَّابَّةِ ، هذا يُنْتَفَعُ بِلَحْمِه ، يُنْظَرُ ما نَقَصَها . وهذا يَدُلُّ على أَنَّ أحمدَ إِنَّما أَوْجَبَ مِقْدارًا[٢٤] فى العَيْنِ الواحِدَةِ من الدَّابَّةِ ، وهى الفَرَسُ والبَغْلُ والحِمَارُ خاصَّةً لِلْأَثَرِ الوارِدِ فيه ، وما عَدَا هذا يُرْجَعُ إلى القِيَاسِ . واحْتَجَّ أَصْحَابُنَا لهذه الرِّوَايَةِ ، بما رَوَى زَيْدُ بن ثابتٍ ، أَنَّ النبىَّ ﷺ قَضَى فى عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ قِيمَتِها[٢٥] . ورُوِىَ[٢٦] عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أَنَّه كَتَبَ إلى شُرَيْحٍ لمَّا كَتَبَ إليه يَسْأَلُه عن عَيْنِ الدَّابَّةِ : إنَّا كُنَّا نُنْزِلُها مَنْزِلَةَ الآدَمِيِّ ، إلَّا أنَّه أَجْمَعَ رَأْيُنا أن قِيمَتَها رُبْعُ الثَّمَنِ . وهذا إجْماعٌ يُقَدَّمُ على القِيَاسِ . ذَكَرَ هٰذَيْنِ أبو الخَطَّاب فى « رُؤُوسِ المَسَائِلِ » . وقال أبو حنيفةَ : إذا قَلَعَ عَيْنَ بَهِيمَةٍ يُنْتَفَعُ بها من وِجْهَتَيْنِ ، كالدَّابَّةِ والبَعِيرِ والبَقَرَةِ ، وَجَبَ نِصْفُ قِيمَتِها ، وفى إحْدَاهُما رُبْعُ قِيمَتِها ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ رَضِىَ اللهُ عنه : أَجْمَعَ رَأْيُنا على أنَّ قِيمَتَها رُبْعُ الثَّمَنِ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، فى العَبْدِ ، أنَّه يُضْمَنُ فى الغَصْبِ بما يُضْمَنُ به فى الجِنايَةِ ؛ ففى يَدِه نِصْفُ قِيمَتِه ، وفى مُوضِحَتِه نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِه ، وهذا قولُ بعضِ[٢٧] أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه ضَمَانٌ لأَبْعَاضِ

---

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) فى الأصل ، ب : « مقدرا » .

(٢٥) ذكره الهيثمى ، فى : باب الديات فى الأعضاء وغيرها ، من كتاب الديات . مجمع الزوائد ٦ / ٢٩٨ . والزيلعى ، فى : باب جناية البهيمة والجناية عليها ، من كتاب الديات . نصب الراية ٤ / ٣٨٨ .

(٢٦) فى م : « وقد روى » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

العَبْدِ ، فكان مُقَدَّرًا من قِيمَتِه ، كأَرْشِ الجنَايَةِ . ولَنا ، أنَّه ضَمَانُ مالٍ من غيرِ جِنَايَةٍ ، فكان الواجِبُ ما نَقَصَ ، كالثَّوْبِ ، وذلك لأنَّ القَصْدَ بالضَّمَانِ جَبْرُ حَقِّ المالِكِ بإيجَابِ قَدْرِ المُفَوَّتِ عليه ، وقَدْرُ النَّقْصِ هو الجابرُ ، ولأنَّه لو فاتَ الجَمِيعُ لوَجَبَتْ قِيمَتُه ، فإذا فاتَ منه شيءٌ وَجَبَ قَدْرُه من القِيمَةِ ، كغَيرِ الحَيَوانِ . وأمَّا حَدِيثُ زَيْدِ بن ثابِتٍ ، فلا أَصْلَ له ، ولو كان صَحِيحًا لما احْتَجَّ أحمدُ وغيرُه بحَدِيثِ عُمَرَ وتَرَكُوهُ ، فإنَّ قولَ النبيِّ ﷺ أحَقُّ أن يُحْتَجَّ به . وأمَّا قولُ عُمَرَ ، فمَحْمُولٌ على أنَّ ذلك كان قَدْرَ نَقصِها ، كما رُوِىَ عنه أنَّه قَضَى فى العَيْنِ القائِمَةِ بخَمْسِينَ دِينَارًا ، ولو كان تَقْدِيرًا ، لوَجَبَ فى العَيْنِ نِصْفُ / القِيمَةِ ، كعَيْنِ الآدَمِيِّ . وأمَّا ضَمَانُ الجِنَايَةِ على أَطْرَافِ ٦/٥و العَبْدِ ، فمَعْدُولٌ به عن القِيَاسِ ، لِلإِلْحَاقِ بالجِنَايَةِ على الحُرِّ ، والواجِبُ ههُنا ضَمَانُ اليَدِ ، ولا تَثْبُتُ اليَدُ على الحُرِّ ، فوَجَبَ البَقَاءُ فيه على مُوجِبِ الأَصْلِ ، وإلْحاقُه بسَائِرِ الأَمْوالِ المَغْصُوبَةِ . وقولُ أبى حنيفةَ : إنَّ هذا فى بَهِيمَةِ الأَنْعامِ والدَّابّةِ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا القولَ مَبْنِىٌّ على قولِ عُمَرَ ، وقَوْلُ عُمَرَ إنَّما هو فى الدَّابّةِ ، والدَّابّةُ فى العُرْفِ ما يُعَدُّ لِلرُّكُوبِ دُونَ بَهِيمَةِ الأَنْعامِ .

فصل : وإن غَصَبَ عَبْدًا ، فَجَنَى عليه جِنَايَةً مُقَدَّرَةَ الدِّيَةِ ، فعلى قَوْلِنا : ضَمَانُ الغَصْبِ ضَمَانُ الجِنَايَةِ . الواجِبُ أَرْشُ الجِنَايَةِ ، كما لو جَنَى عليه من غيرِ غَصْبٍ ، فنَقَصَتْهُ الجِنَايَةُ أقَلَّ من ذلك أو أَكْثَرَ . وإن قُلْنا : ضَمَانُ الغَصْبِ غيرُ ضَمَانِ الجِنَايَةِ . وهو الصَّحِيحُ ، فعليه أكْثَرُ الأَمْرَيْنِ ، من أَرْشِ النَّقْصِ أو دِيَةِ ذلك العُضْوِ ؛ لأنَّ سَبَبَ[28] ضَمَانِ كل واحِدٍ منهما وُجِدَ[29] ، فوَجَبَ أَكْثَرُهما ، ودَخَلَ الآخَرُ فيه ، فإنَّ الجِنَايَةَ واليَدَ وُجِدَا جَمِيعًا . فإن غَصَبَ عَبْدًا يُسَاوِى أَلْفًا ؛ فزَادَتْ قِيمَتُه ، فصَارَ يُسَاوِى أَلْفَيْنِ ، ثم قَطَعَ يَدَهُ ، فنَقَصَ أَلْفًا ، لَزِمَهُ أَلْفٌ ، ورَدَّ العَبْدَ ؛ لأنَّ سَبَبَ[30] زِيَادَة

---

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) فى م : « وجب » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

السُّوقِ مع تَلَفِ العَيْنِ مَضْمُونَةٌ ، ويَدُ العَبْدِ كَنِصْفِه ، فكأنَّه بقَطْعِ يَدِه فَوَّتَ نِصْفَه . وإن نَقصَ أَلْفًا وَخَمْسَمائة ، وقُلْنا : الواجبُ ما نَقصَ . فعليه أَلْفٌ وخَمْسُمائة ، ويَرُدُّ العَبْدَ . وإن قُلْنا : ضَمَانُ الجِنَايَةِ . فعليه أَلْفٌ ، وَرَدُّ العَبْدِ فحَسْبُ . وإن نَقَصَ خَمْسَمائة ، فعليه رَدُّ العَبْدِ ، وهل يَلْزَمُه أَلْفٌ أو خَمْسُمائة ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : وإن غَصَبَ عَبْدًا ، فقَطَعَ آخَرُ يَدَهُ ، فلِلْمالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهما شَاءَ ؛ لأنَّ الجَانِيَ قَطَعَ يَدَهُ ، والغاصِبُ حَصَلَ النَّقْصُ فى يَدِه ، إن ضَمَّنَ الجانِىَ ، فله تَضْمِينُه نِصْفَ قيمَتِه لا غيرُ ، ولا يَرْجِعُ على أحَدٍ ؛ لأنَّه لم يُضَمِّنْه أكْثَرَ ممَّا وَجَبَ عليه . ويَضْمَنُ الغاصِبُ ما زَادَ على نِصْفِ القِيمَةِ إن نَقصَ أكْثَرُ من النِّصْفِ ، ولا يَرْجِعُ على أحَدٍ . وإن قُلْنا : إنَّ ضَمَانَ الغَصْبِ ضَمَانُ الجِنَايَةِ ، أو لم يَنْقُصْ أكْثَرُ من نِصْفِ قِيمَتِه . لم يَضْمَنِ الغاصِبُ هٰهُنا شَيْئًا . وإن اخْتارَ تَضْمِينَ الغاصِبِ ، وقُلْنا : إن ضَمَانَ الغَصْبِ كضَمَانِ الجِنَايَةِ . ضَمَّنَه نِصْفَ القِيمَةِ ، ورَجَعَ بها الغاصِبُ على الجانِى ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِفِعْلِه فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه . وإن قُلْنا : إن ضَمَانَ الغَصْبِ بما نَقَصَ . فلِرَبِّ العَبْدِ / تَضْمِينُه بأَكْثَرِ الأَمْرَيْنِ ؛ لأنَّ ما وُجِدَ فى يَدِه فهو فى حُكْمِ المَوْجُودِ منه ، ثم ٥/٦ظ
يَرْجِعُ الغاصِبُ على الجانِى بِنِصْفِ القِيمَةِ ؛ لأنَّها أَرْشُ جِنايَتِه[٣١] ، فلا يَجِبُ عليه أكْثَرُ منها .

فصل : وإن غَصَبَ[٣٢] عَبْدًا ، فقَطَعَ أُذُنَيْه ، أو يَدَيْه ، أو ذَكَرَهُ ، أو أَنْفَهُ ، أو لِسَانَه أو خُصْيَتَيْه ، لَزِمَتْهُ قِيمَتُه[٣٣] كلُّها ، ورَدُّ العَبْدِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ والثَّوْرِىُّ : يُخَيَّرُ المالِكُ بين أن يَصْبِرَ ولا شَىْءَ له ، وبين أَخْذِ قِيمَتِه ويَمْلِكُه الجانِى ؛ لأنَّه ضَمَانُ مالٍ ، فلا يَبْقَى مِلْكُ صَاحِبِه عليه مع ضَمَانِه له ، كسَائِرِ الأَمْوَالِ . ولَنا ، أنَّ المُتْلَفَ البَعْضُ ، فلا يَقِفُ ضَمَانُه على زَوَالِ

(٣١) فى ب ، م : « جناية » .
(٣٢) فى ب زيادة : « قيمة » .
(٣٣) سقط من : ب ، م .

المِلْكِ عن جُمْلَتِه ، كَقَطْعِ ذَكَرِ المُدَبَّرِ ، وكَقَطْعِ إحْدَى يَدَيْهِ أو أُذُنَيْهِ ، ولأنَّ المَضْمُونَ هو المُفَوَّتُ ، فلا يَزُولُ المِلْكُ عن غيرِه بضَمَانِه ، كما لو قَطَعَ تِسْعَ أصَابِعَ . وبهذا يَنْفَصِلُ عما ذَكَرُوهُ ، فإنَّ الضَّمَانَ فى مُقَابَلَةِ المُتْلَفِ ، لا فى مُقَابَلَةِ الجُمْلَةِ . فأمَّا إن ذَهَبَتْ هذه الأعْضَاءُ بغيرِ جِنَايَةٍ ، فهل يَضْمَنُها ضَمَانَ الإتْلَافِ ، أو بما نَقَصَ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، سَبَقَ ذِكْرُهما .

فصل : وإن جَنَى العَبْدُ المَغْصُوبُ ، فجِنَايَتُه مَضْمُونَةٌ على الغاصِبِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ فى العَبْدِ الجانِى ، لكَوْنِ أرْشِ الجِنَايَةِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِه ، فكان مَضْمُونًا على الغاصِبِ ، كسائِرِ نَقْصِه . وسواءٌ فى ذلك ما يُوجِبُ القِصَاصَ أو المالَ . ولا يَلْزَمُه أكْثَرُ من النَّقْصِ الذى لَحِقَ العَبْدَ . وإن جَنَى على سَيِّدِه ، فجِنَايَتُه مَضْمُونَةٌ على الغاصِبِ أيضا ؛ لأنَّها(٣٤) من جُمْلَةِ جِنَايَاتِه ، فكان مَضْمُونًا على الغاصِبِ ، كالجِنَايَةِ على الأجْنَبِىِّ .

فصل : إذا نَقَصَتْ عَيْنُ المَغْصُوبِ دُونَ قِيمَتِه ، فذلك على ثلاثةِ أقْسَامٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ الذّاهِبُ جُزْءًا مُقَدَّرَ البَدَلِ ، كعَبْدٍ خَصَاهُ ، وزَيْتٍ أغْلَاهُ ، ونُقْرَةٍ ضَرَبَها دَرَاهِمَ فنَقَصَتْ عَيْنُها دُونَ قِيمَتِها ، فإنَّه يَجِبُ ضَمَانُ النَّقْصِ ، فيَضْمَنُ نَقْصَ العَبْدِ بقِيمَتِه ، ونَقْصَ الزَّيْتِ والنُّقْرَةِ بمِثْلِهِما مع رَدِّ الباقِى منهما ؛ لأنَّ الناقِصَ من العَيْنِ له بَدَلٌ مُقَدَّرٌ ، فلَزِمَهُ ما تَقَدَّرَ به ، كما لو أذْهَبَ الجَمِيعَ . الثانى ، أن لا يكونَ مُقَدَّرًا ، مثل إن غَصَبَ عَبْدًا ذا سِمَنٍ مُفْرِطٍ ، فخَفَّ جِسْمُه ، ولم تَنْقُصْ قِيمَتُه ، فلا شىءَ فيه سِوَى رَدِّه ؛ لأنَّ الشَّرْعَ إنَّما أوْجَبَ فى هذا ما نَقَصَ من القِيمَةِ ، ولم يُقَدِّرْ بَدَلَه ، ولم تَنْقُص القِيمَةُ ، فلم يَجِبْ شىءٌ ، بخِلَافِ الصُّورَةِ الأُولَى ؛ فإنَّ الذّاهِبَ مُقَدَّرُ البَدَلِ ، فلم يَسْقُطْ بَدَلُه . الثالث ، أن يكونَ النَّقْصُ / فى مُقَدَّرِ البَدَلِ ، لكنَّ الذَّاهِبَ منه أجْزاءٌ غيرُ مَقْصُودَةٍ ، كعَصِيرٍ أغْلَاهُ فذَهَبَتْ مَائِيَّتُه ، وانْعَقَدَتْ أجْزاؤُه ، فنَقَصَتْ عَيْنُه دُونَ قِيمَتِه ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، لا شىءَ فيه(٣٥) سِوَى رَدِّه ؛ لأنَّ النَّارَ إنَّما أذْهَبَتْ ٧/٥و

(٣٤) فى الأصل : « لأنه » .

(٣٥) فى م : « عليه » .

مائِيَّتَهُ التى يَقْصِدُ ذَهَابَها ، ولهذا تَزْدادُ حَلَاوَتُه ، وتَكْثُرُ قِيمَتُه ، فلم يَجِبْ ضَمَانُها ، كسِمَنِ العَبْدِ الذى يَنْقُصُ قِيمَتَهُ . والثانى ، يَجِبُ ضَمَانُه ؛ لأنَّه مُقَدَّرُ البَدَلِ ، فأشْبَهَ الزَّيْتَ إذا أَغْلَاهُ . وإن نَقَصَتِ العَيْنُ والقِيمَةُ جَمِيعًا ، وَجَبَ فى الزَّيْتِ وشِبْهِه ضَمَانُ النَّقْصَيْنِ جَمِيعًا ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما مَضْمُونٌ مُنْفَرِدًا ، فكذلك إذا اجْتَمَعَا ، وذلك مثل أن يكونَ رِطْلُ زَيْتٍ قِيمَتُه دِرْهَمٌ ، فأَغْلَاهُ ، فنَقَصَ ثُلُثُه ، فصارَ قِيمَةُ الباقِى نِصْفَ دِرْهَمٍ ، فعليه ثُلُثُ رَطْلٍ وسُدُسُ دِرْهَمٍ . وإن كانت قِيمَةُ الباقِى ثُلُثَىْ دِرْهَمٍ ،فليس عليه أَكْثَرُ [٣٦] من ثُلُثِ رَطْلٍ ؛ لأنَّ قِيمَةَ الباقِى لم تَنْقُصْ . وإن خَصَى العَبْدَ ، فنَقَصَتْ قِيمَتُه ، فليس عليه أَكْثَرُ [٣٦] مِن ضَمَانِ خُصْيَتَيه ؛ لأنَّ ذلك بمنزلِةِ ما لو فَقَأَ عَيْنَيْه . وهل يجبُ فى العصيرِ ما نقصَ مِن القيمةِ ، أو يكونُ كالزَّيْتِ ؟ على وَجْهَيْن .

فصل : وإن غَصَبَ عَبْدًا فسَمِنَ سِمَنًا نَقَصَتْ به قيمتُه ، أو كان شابًّا فصار شيخًا ، أو كانتِ الجاريةُ ناهِدًا فسَقَط ثَدْياها . وَجَبَ أَرْشُ النَّقْصِ . لا نعلمُ فيه خِلافًا . فإن كان العبدُ أَمْرَدَ ، فنَبَتَتْ لِحْيَتُه فنَقَصَتْ قِيمَتُه ، وجَب ضَمانُ نَقْصِه . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَجِبُ ضَمانُه ؛ لأنَّ الفائِتَ لا يُقْصَدُ قَصْدًا صحيحًا ، فأشْبَهَ الصِّناعةَ المُحَرَّمَةَ . ولَنا ، أنَّه نقص فى القيمةِ بتَغَيُّرِ [٣٧] صِفَتِه ، فيَضْمَنُه ، كبَقِيَّةِ الصُّوَرِ .

فصل : وإن نقص المغْصوبُ نَقْصًا غيرَ مُسْتَقِرٍّ ، كطعامٍ ابْتَلَّ . وخِيفَ فَسادُه ، أو عَفِنَ وخُشِىَ تَلَفُه . فعليه ضَمانُ نَقْصِه . وهذا مَنْصُوصُ الشَّافِعِىِّ . وله قولٌ آخَرُ ؛ أنَّه لا يضْمَنُ نَقْصَه . وقال القاضى [٣٨] : يَلْزَمُه بدَلُه ، لأنَّه لا يُعْلَمُ قَدْرُ نَقْصِه ، وكلَّما نقص شيئًا ضَمِنَه ؛ لأنَّه يَسْتَنِدُ إلى السَّبَبِ الموجودِ فى يَدِ الغاصِبِ ، فكان كالموجودِ فى يَدِه . وقال أبو الخَطَّابِ : يتخَيَّرُ صَاحِبُه بينَ أَخْذِ بَدَلِه ، وبَين تَرْكِه حتى يستَقِرَّ فَسادُه ،

(٣٦ – ٣٦) سقط من : ب .

(٣٧) فى ب ، م : « بتغيير » .

(٣٨) فى م زيادة : « لا » .

ويأخُذَ أرْشَ نَقْصِه . وقال أبو حنيفة : يتخيَّرُ بينَ إمْساكِه ولا شيءَ له ، أو تَسْليمِهِ إلى
٧/٥ ظ الغاصِب ويأخذُ منه قِيمَتَه ؛ لأنَّه لو ضَمِنَ النَّقْصَ لَحَصَلَ له مثلُ كَيْلِه وزيادةٌ / ، وهذا لا يجوزُ ، كما لو باع قَفِيزًا جَيِّدًا بقَفِيزٍ رَدِيءٍ ودِرْهَمٍ . ولَنا ، أنَّ عَيْنَ مالِه باقيةٌ ، وإنَّما حدَث فيه نَقْصٌ ، فوجَب فيه ما نَقَص ، كما لو كان[39] عبدًا فمَرِض . وقد وافَق بعضُ أصْحابِ الشَّافِعِيِّ على هذا في العَفَنِ . وقال[40] : يَضْمَنُ ما نقص ، قولًا واحدًا ، ولا يَضْمَنُ ما تولَّد منه ؛ لأنَّه ليس من فِعْلِه . وهذا الفَرْقُ لا يصِحُّ ؛ لأنَّ البَلَلَ[41] قد يكونُ من غيرِ فِعْلِه أيضا ، وقد يكونُ العَفَنُ بسَبَبٍ منه . ثم إنَّ ما وُجِدَ في يَدِ الغاصِبِ ، فهو مَضْمُونٌ عليه ، لِوُجُودِه في يَدِه ، فلا فَرْقَ . وقولُ أبي حنيفةَ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا الطَّعَامَ عَيْنُ مالِه ، وليس بِبَدَلٍ عنه . وقولُ أبي الخَطَّابِ لا بَأْسَ به .

٨٦٣ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ زَرَعَها ، فأَدْرَكَها رَبُّها والزَّرْعُ قائِمٌ ، كَانَ الزَّرْعُ لِصَاحِبِ الأَرْضِ ، وعَلَيْهِ النَّفَقَةُ ، وإِنِ اسْتُحِقَّتْ بَعْدَ أَخْذِ الغاصِبِ الزَّرْعَ ، فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الأَرْضِ)

قوله : « فَأَدْرَكَها رَبُّها » يَعْنِي اسْتَرْجَعَها من الغاصِبِ ، أو قَدَرَ على أَخْذِهَا منه . وهو مَعْنَى قولِه : « اسْتُحِقَّتْ » . يعني أخَذَهَا مُسْتَحِقُّها . فمتى كان هذا بعدَ حَصَادِ الغاصِبِ الزَّرْعَ ، فإنَّه لِلْغاصِبِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ وذلك لأنَّه نَماءُ مَالِه ، وعليه الأُجْرَةُ إلى وَقْتِ التَّسْليمِ وضَمَانُ النَّقْصِ . ولو لم يَزْرَعْها ، فنَقَصَتْ لِتَرْكِ الزِّرَاعَةِ ، كأَرَاضِي البَصْرَةِ ، أو نَقَصَتْ لغير[1] ذلك ، ضَمِنَ نَقْصَها أيضا ؛ لما قَدَّمْنا في المَسْأَلَةِ التي قبلَ هذه . فأمَّا إن أخَذَها صاحِبُها والزَّرْعُ قائِمٌ فيها ، لم يَمْلِكْ إجْبارَ الغاصِبِ على قَلْعِه ، وخُيِّرَ المالِكُ بينَ أن يُقِرَّ الزَّرْعَ في الأَرْضِ إلى الحَصَادِ ، ويَأْخُذَ من الغاصِبِ أَجْرَ

---

(٣٩) في م : « باع » .
(٤٠) في م زيادة : « لا » .
(٤١) في الأصل : « المال » .
(١) في الأصل : « بغير » .

الأَرْضِ وأَرْشَ نَقْصِها ، وبين أن يَدْفَعَ إليه نَفَقَته ويكونَ الزَّرْعُ له . وبهذا قال أبو عُبَيْدٍ . وقـال أكثرُ الفقهاءِ : يَمْلِكُ إجْبَارَ الغاصِبِ على قَلْعِه ، والحُكْمُ فيه كالغَرْسِ سواء ، لقولِه عليه السَّلَامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ »[2] . ولأنَّه زَرَعَ في أَرْضِ غيرِه ظُلْمًا ، أشْبَه الغِرَاسَ . ولَنا ، ما رَوَى رافِعُ بن خَدِيجٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِيُّ[3] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . فيه دَلِيلٌ على أنَّ الغاصِبَ لَا يُجْبَرُ على قَلْعِه ؛ لأنَّـه مِلْكٌ لِلمَـغْصُوبِ منـه . ورُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ رَأَى زَرْعًـا فى أرضِ ظُهَيْـرٍ[4] ، فأعْجَبَه ، فقال : « مَا أَحْسَنَ زَرْعَ ظُهَيْرٍ » . فقال : إنَّه ليس لِظُهَيْرٍ ، ولكنَّه لفلان . قال : « فَخُذُوا زَرْعَكُمْ ، ورُدُّوا عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ » . / قال رافِع : فأَخَذْنا زَرْعَنا ، ورَدَدْنَا عليه ٨/٥و نَفَقَته[5] . ولأنَّه أمْكَنَ رَدُّ المَغْصُوبِ إلى مالكِه من غيرِ إتْلافِ مالِ الغاصِبِ ، على قُرْبٍ من الزَّمانِ ، فلم يَجُزْ إتْلافُه ، كما لو غَصَبَ سَفِينةً ، فحمَل فيها مالَهُ . وأدْخَلَها البحرَ ، أو غَصَبَ لَوْحًا . فرَقَّع به سَفِينةً ، فإنَّه لا يُجْبَرُ على رَدِّ المغْصُوبِ فى اللُّجَّةِ ، ويُنْتَظَرُ حتى تُرْسَى ، صِيانةً للمالِ عن التَّلَفِ . كذا هٰهُنا . ولأنَّه زرعٌ حصَل فى مِلْكِ غيرِه ، فلم يُجْبَرْ على قَلْعِه على وَجْهٍ يضرُّ به . كما لو كانتِ الأرضُ مُسْتعارَةً أو مَشْفُوعةً . وفارَق الشَّجَرَ والنَّخْلَ ؛ لأنَّ مُدَّتَه تَتطاوَلُ ، ولا يُعْلَمُ متى يَنْقَطِعُ من الأرضِ ، فانْتِظارُه يُؤَدِّى إلى تَرْكِ رَدِّ الأصلِ بالكُلِّيَّةِ . وحَدِيثُهم وَرَدَ فى الغَرْسِ ، وحَدِيثُنا فى الزَّرْعِ ، فيُجْمَعُ بين الحديثَيْنِ ، ويُعْمَلُ بكلٍّ واحدٍ منهما فى مَوْضِعِه . وذلك أوْلَى مِن إبْطَالِ أحَدِهما . إذا

---

(٢) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٥٨ .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٢٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٦٥ .

(٤) فى م هنا وفيما يأتى : « طهير » .

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التشديد فى ذلك [المزارعة] ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٣ ، ٢٣٤ .

ثبت هذا ، فمتى رَضِيَ المالكُ بتَرْكِ الزَّرْعِ للغاصِبِ . ويأخُذُ منه أجْرَ الأرْضِ . فله ذلك ؛ لأنَّه شغَل المغْصُوبَ بمالِه ، فملَكَ صاحِبُه أخذَ أجْرِه ، كما لو ترَكَ فى الدَّارِ طَعامًا أو أحْجارًا يَحتاجُ فى نَقْلِه إلى مُدَّةٍ . وإن أحَبَّ أخْذَ الزَّرْعِ ، فله ذلك ، كما يَسْتَحِقُّ الشَّفِيعُ أخْذَ شَجَرِ المُشْتَرِى بقِيمَتِه . وفيما يُرَدُّ على الغاصِبِ روايتان ؛ إحْداهما ، قِيمةُ[6] الزَّرْعِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ عن الزَّرْعِ . فيُقَدَّرُ بقِيمَتِه ، كما لو أتْلَفَه . ولأنَّ الزَّرْعَ للغاصِبِ إلى حينِ انْتِزاعِ المالِكِ له منه ، بدليلِ أنَّه لو أخَذَه قبلَ انْتِزاعِ المالِكِ له ، كان مِلْكًا له . ولو لم يَكُنْ مِلْكًا له لَما مَلَكَهُ بأخْذِه . فيكونُ أخْذُ المالِكِ له تَمَلُّكًا له ، إلَّا أنْ يُعَوِّضَه ، فيجِبُ أن يكونَ بقِيمَتِه ، كما لو أخَذَ الشِّقْصَ[7] المشْفُوعَ . ويَجِبُ على الغاصِبِ أجْرُ الأرضِ إلى حينِ تَسْلِيمِ الزَّرْعِ ؛ لأنَّ الزَّرْعَ كان مَحكُومًا له به ، وقد شغَل به أرْضَ غيرِه . والرِّواية الثانية ، أنَّه يَرُدُّ على الغاصِبِ ما أنْفقَ مِن البَذْرِ[8] ، ومُؤْنَةِ الزَّرْعِ فى الحَرْثِ والسَّقْيِ ، وغيرِه . وهذا الذى ذَكَرَهُ القاضى . وهو[9] ظَاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، وظَاهِرُ الحَدِيثِ ، لقولِه عليه السَّلَامُ : « عَلَيْهِ نَفقَتُه » . وقِيمَةُ الشىءِ لا تُسَمَّى نَفقَةً له . والحَدِيثُ مَبْنِيٌّ على هذه المَسْأَلةِ ؛ فإنَّ أحْمدَ إنَّما ذَهَبَ إلى هذا الحُكْمِ[7] اسْتِحْسَانًا ، على خِلَافِ القِيَاسِ ، فإنَّ القِيَاسَ أنَّ الزَّرْعَ لِصَاحِبِ البَذْرِ[8] ؛ لأنَّه نَماءُ عَيْنِ مالِه ، فأشْبَه ما لو غَصَبَ دَجَاجَةً فحَضَنَتْ بَيْضًا له . أو طَعَامًا فعَلَفَهُ دَوَابَّ له ،
٥/٨ظ كان / النَّماءُ له . وقد صَرَّحَ به أحمدُ ، فقال : هذا شىءٌ لا يُوَافِقُ القِيَاسَ ، أسْتَحْسِنُ أن يَدْفَعَ إليه نَفقَتَه ؛ للأثَرِ . ولذلك جَعَلْنَاهُ لِلْغَاصِبِ إذا اسْتُحِقَّتِ الأرْضُ بعدَ أخْذِ الغاصِبِ له ، وإذا كان العَمَلُ بالحَدِيثِ ، فيَجِبُ أن يُتَّبَعَ مَدْلُولُه .

---

(٦) فى م : « فيه » .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) فى ب ، م : « البذرة » .

(٩) فى الأصل ، م : « وهذا » .

فصل : فإن كان الزَّرْعُ ممَّا يَبْقَى أُصُولُه فى الأَرْضِ ، ويُجَزُّ مَرَّةً بعدَ أُخْرَى كالرَّطْبَةِ والنَّعْنَاعِ ، احْتَمَلَ أن يكونَ حُكْمُه (١٠) ماذَكَرْنا ؛ لِدُخُولِه فى عُمُومِ الزَّرْعِ ، لأنَّه ليس له فَرْعٌ قَوِيٌّ ، فأَشْبَهَ الحِنْطَةَ والشَّعِيرَ . واحْتَمَلَ أن يكونَ حُكْمُه (١٠) حُكْمَ الغَرْسِ ؛ لِبَقَاءِ أصْلِه (١١) وتَكَرُّرِ أَخْذِه ، ولأنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِى أن يَثْبُتَ لكلِّ زَرْعٍ مثلُ حُكْمِ الغَرْسِ ، وإنَّما تُرِكَ فيما تَقِلُّ مُدَّتُه للأَثَرِ ، ففيما عَدَاهُ يَبْقَى على قَضِيَّةِ القِيَاسِ .

فصل : وإن غَصَبَ أَرْضًا فغَرَسَها فأَثْمَرَتْ ، فأَدْرَكَها رَبُّها بعدَ أَخْذِ الغاصِبِ ثَمَرَتَها ، فهى له . وإن أَدْرَكَها والثَّمَرَةُ فيها ، فكذلك ؛ لأنَّها ثَمَرَةُ شَجَرِه ، فكانتْ له ، كما لو كانتْ فى أَرْضِه ، ولأنَّها نَمَاءُ أصْلٍ مَحْكُومٍ به لِلْغَاصِبِ ، فكان له ، كأَغْصَانِها وَوَرَقِها . ولَبَنِ الشَّاةِ وَوَلَدِها . وقال القاضى : هى لِمَالِكِ الأَرْضِ إن أَدْرَكَها فى الغِرَاسِ ؛ لأنَّ أحمدَ قال ، فى رِوَايَةِ عَلِىِّ بن سَعِيدٍ : إذا غَصَبَ أَرْضًا فغَرَسَها ، فالنَّماءُ لِمَالِكِ الأَرْضِ . قال القاضى : وعليه من النَّفَقَةِ ما أَنْفَقَهُ الغارِسُ من مُؤْنَةِ الثَّمَرَةِ ؛ لأنَّ الثَّمَرَةَ فى مَعْنَى الزَّرْعِ فكانتْ (١٢) لِصاحِبِ الأَرْضِ إذا أَدْرَكَهُ قائِمًا فيها ، كالزَّرْعِ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ أحمدَ قد صَرَّحَ بأنَّ أَخْذَ رَبِّ الأَرْضِ الزَّرْعَ شىءٌ لا يُوافِقُ القِيَاسَ ، وإنَّما صَارَ إليه للأَثَرِ ، فيَخْتَصُّ الحُكْمُ به ، ولا يُعَدَّى إلى غيرِه ، ولأنَّ الثَّمَرَةَ تُفَارِقُ الزَّرْعَ من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ الزَّرْعَ نَمَاءُ الأَرْضِ ، فكان لِصَاحِبِها ، والثَّمَرَةُ نَمَاءُ الشَّجَرِ . فكان لِصَاحِبِه . الثانى ، أنَّه يَرُدُّ عِوَضَ الزَّرْعِ الذى (١٣) أَخَذَه ، مثلَ البَذْرِ الذى نَبَتَ منه الزَّرْعُ ، مع ما أَنْفَقَ عليه ، ولا يُمْكِنُه مثلُ ذلك فى الثَّمَرِ .

فصل : وإن غَصَبَ شَجَرًا فأَثْمَرَ ، فالثَّمَرُ لِصَاحِبِ الشَّجَرِ . بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه نَمَاءُ مِلْكِه ، ولأنَّ الشَّجَرَ عَيْنُ مِلْكِه نَما وزَادَ ، فأَشْبَهَ ما لو طَالَتْ أَغْصَانُه . وعليه

(١٠ – ١٠) سقط من : ب . نقلة نظر .

(١١) فى م : « أصوله » .

(١٢) فى ب ، م : « فكان » .

(١٣) فى الأصل : « إذا » .

رَدُّ الثَّمَرِ إن كان بَاقِيًا ، وإن كان تَالِفًا فعليه بَدَلُه . وإن كان رُطَبًا فصَارَ تَمْرًا ، أو عِنَبًا

٩/٥و فصار زَبِيبًا ، فعليه رَدُّهُ وأَرْشُ نَقْصِه إن نَقَصَ ، وليس له شيءٌ بِعَمَلِه فيه ، وليس /لِلشَّجَرِ أُجْرَةٌ ؛ لأنَّ أُجْرَتَها لا تجوزُ فى العُقُودِ ، فكذلك فى الغَصْبِ ، ولأنَّ نَفعَ الشَّجَرِ تَرْبِيَةُ الثَّمرِ وإخْرَاجُه ، وقد عَادَتْ هذه المَنَافِعُ إلى المالِكِ . ولو كانت ماشِيَةً ، فعليه ضَمَانُ وَلَدِها إن وَلَدَتْ عندَه ، ويَضْمَنُ لَبَنَها بمِثْلِه ؛ لأنَّه من ذَوَاتِ الأَمْثالِ ، ويَضْمَنُ أَوْبَارَها وأشْعَارَها بمِثْلِه ، كالقُطْنِ .

فصل : وإذا غَصَبَ أَرْضًا ، فحُكْمُها فى جَوَازِ دُخُولِ غيرِه إليها حُكْمُها[١٤] قبلَ الغَصْبِ . فإن كانت مُحَوَّطَةً ، كالدَّارِ والبُسْتَانِ المُحَوَّطِ ، لم يَجُزْ لغيرِ مالِكِها دُخُولُها ؛ لأنَّ مِلْكَ مَالِكِها لم يَزُلْ عنها ، فلم يَجُزْ دُخُولُها بغيرِ إذْنِه ، كما لو كانتْ فى يَدِه . قال أحمدُ ، فى الضَّيْعَةِ تَصِيرُ غَيْضَةً فيها سَمَكٌ : لا يَصِيدُ فيها أحَدٌ إلَّا بإذْنِهم . وإن كانت صَحْرَاءَ ، جازَ الدُّخُولُ فيها ورَعْىُ حَشِيشِها . قال أحمدُ : لا بَأْسَ برَعْيِ الكَلأِ فى الأَرْضِ المَغْصُوبَةِ ؛ وذلك لأنَّ الكَلأَ لا يُمْلَكُ بمِلْكِ الأَرْضِ . ويَتَخَرَّجُ فى كل واحِدَةٍ من الصُّورَتَيْنِ مثلُ حُكْمِ الأُخْرَى . قِيَاسًا لها عليها . ونَقَلَ عنه المَرُّوذِىُّ ، فى رَجُلٍ والِدَاهُ فى دَارٍ طَوَابِيقُها غَصْبٌ . لا يَدْخُلُ على والِدَيْه ، وذلك لأنَّ دُخُولَهُ عليهما تَصَرُّفٌ فى الطَّوَابِيقِ المَغْصُوبَةِ . ونَقَلَ عنه الفَضْلُ بنُ عبد الصَّمَدِ[١٥] ، فى رَجُلٍ له إخْوَةٌ فى أَرْضٍ غَصْبٍ : يَزُورُهم ويُرَاوِدُهم على الخُرُوجِ ، فإن أجَابُوه ، وإلَّا لم يُقِمْ معَهم ، ولا يَدَعُ زِيَارَتَهم . يعنى يَزُورُهم بحيث يَأْتِى بابَ دَارِهِم ، ويَتَعَرَّفُ أخْبَارَهم ، ويُسَلِّمُ عليهم ، ويُكَلِّمُهم ، ولا يَدْخُلُ إليهم . ونَقَلَ المَرُّوذِىُّ عنه : أَكْرَهُ المَشْىَ على العَبَّارَةِ التى يَجْرِى فيها الماءُ . وذلك لأنَّ العَبَّارَةَ وُضِعَتْ لِعُبُورِ الماءِ ، لا لِلْمَشْيِ عليها ، ورُبَّما كان المَشْىُ عليها يَضُرُّ بها . وقال أحمدُ : لا يَدْفِنُ فى الأَرْضِ المَغْصُوبَةِ ؛ لما فى

---

(١٤) فى الأصل : « حكم ما » .

(١٥) أبو يحيى الفضل بن عبد الصمد الأصفهانى ، رجل جليل ، عنده جزء من مسائل الإمام أحمد ، لزم طرسوس ، ومات فى الأسر بعد سنة إحدى وسبعين ومائتين . طبقات الحنابلة ١ / ٢٥٤ .

ذلك من التَّصَرُّفِ فى أَرْضِهِم بغيرِ إِذْنِهم . وقال أحمدُ ، فى مَن ابْتاعَ طَعَامًا مِن مَوْضِعِ غَصْبٍ ، ثم عَلِمَ : رَجَعَ إلى المَوْضِعِ الذى أَخَذَهُ منه ، فرَدَّه . ورُوِىَ عنه ، أنَّه قال : يَطْرَحُه . يَعْنِى على مَن ابْتاعَهُ منه ؛ وذلك لأنَّ قُعُودَه فيه حَرَامٌ ، مَنْهِىٌّ عنه ، فكان البَيْعُ فيه مُحَرَّمًا ، ولأنَّ الشِّرَاءَ ممَّن يَقْعُدُ فى المَوْضِعِ المُحَرَّمِ يَحْمِلُهم على القُعُودِ والبَيْعِ فيه ، وتَرْكُ الشِّرَاءِ منهم (16) يَمْنَعُهم من (16) القُعُودِ . وقال : لا يَبْتَاعُ من الخَاناتِ التى فى الطُّرُقِ ، إلَّا أن لا يَجِدَ غيرَه . كأنَّه بمَنْزِلَةِ / المُضْطَرِّ . وقال فى السُّلْطانِ إذا بَنَى دَارًا ، وجَمَعَ النّاسَ إليها : أَكْرَهُ الشِّرَاءَ منها . وهذا إن شاء اللهُ تعالى على سَبِيلِ الوَرَعِ ، لما فيه من الإعَانَةِ على الفِعْلِ المُحَرَّمِ ، والظَّاهِرُ صِحَّةُ البَيْعِ ؛ لأنَّه إذا صَحَّتِ الصَّلَاةُ فى الدّارِ المَغْصُوبَةِ ، فى رِوَايَةٍ ، وهى عِبَادَةٌ ، فما ليس بعِبَادَةٍ أَوْلَى . وقال فى مَن غَصَبَ ضَيْعَةً ، وغُصِبَتْ من الغاصِبِ ، فأرَادَ الثانى رَدَّهَا : جَمَعَ بينهما . يَعْنِى بين مَالِكِها والغاصِبِ الأَوَّلِ . وإن ماتَ بعضُهم ، جَمَعَ وَرَثَتَه . إنَّما قال هذا احْتِياطًا ، خَوْفَ التَّبِعَةِ من الغاصِبِ الأَوَّلِ ؛ لأنَّه رُبَّما طَالَبَ بها ، وادَّعَاها مِلْكًا باليَدِ ، وإلَّا فالوَاجِبُ رَدُّهَا على مَالِكِها . وقد صَرَّح بهذا فى رِوَايَةِ عبدِ اللهِ ، فى رَجُلٍ اسْتَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفًا ، فجاءَ رَجُلٌ إلى المُسْتَوْدَعِ ، فقال : إن فُلانًا غَصَبَنِى الأَلْفَ الذى اسْتَوْدَعَكَهُ . وصَحَّ ذلك عند المُسْتَوْدَعِ ، فإن لم يَخَفِ التَّبِعَةَ ، وهو أن يَرْجِعُوا به عليه ، دَفَعَهُ إليه . ٥/٩ظ

٨٦٤ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا ، أو أَمَةً ، وقِيمَتُه مائةٌ ، فزَادَ فى بَدَنِه ، أو بتَعَلُّمٍ ، حَتَّى صَارَتْ قِيمَتُه مِائَتَيْنِ ، ثُمَّ نَقَصَ بنُقْصَانِ بَدَنِه ، أو نِسْيانِ مَا عُلِّمَ ، حَتَّى صَارَتْ قِيمَتُه مِائَةً ، أَخَذَهُ السَّيِّدُ ، وأَخَذَ مِنَ الْغاصِبِ مِائَةً)

وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : لا يَجِبُ عليه عِوَضُ الزِّيَادَةِ ، إلَّا أن

(16–16) فى ب ، م : « يمنع » .

يُطَالبَ بِردِّها زَائِدَةً ، فلا يَرُدُّهَا ؛ لأنَّه رَدَّ العَيْنَ كما أخَذَها ، فلم يَضْمَنْ نَقْصَ قِيمَتِها ، كَنَقْصِ سِعْرِهَا . ولَنا ، أنَّها زِيادَةٌ فى نَفْسِ المَغْصُوبِ ، فلَزِمَ الغَاصِبَ ضَمَانُها ، كما لو طَالَبَهُ بِرَدِّها فلم يَفْعَلْ . وفارَقَ زِيَادَةَ السِّعْرِ ، فإنَّها[1] لو كانت مَوْجُودَةً حالَ الغَصْبِ ، لم يَضْمَنْها ، والصِّنَاعَةُ إن لم تَكُنْ مِن عَيْنِ المَغْصُوبِ ، فهى صِفَةٌ فيه ، ولذلك يَضْمَنُها إذا طُولِبَ بِرَدِّ العَيْنِ [2]وهى مَوْجُودَةٌ فلم يَرُدَّها[2] ، وأجْرَيْنَاهَا هى والتَّعَلُّمَ مُجْرَى السِّمَنِ الذى هو عَيْنٌ ؛ لأنَّها صِفَةٌ تَتْبَعُ العَيْنَ ، وأجْرَيْنا الزِّيَادَةَ الحادِثَةَ فى يَدِ الغاصِبِ مُجْرَى الزِّيَادَةِ المَوْجُودَةِ حالَ الغَصْبِ ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ فى العَيْنِ المَمْلُوكَةِ لِلْمَغْصُوبِ منه ، فتكونُ مَمْلُوكَةً له أيضا ؛ لأنَّها تَابِعَةٌ لِلْعَيْنِ . فأمَّا إن غَصَبَ العَيْنَ سَمِينَةً ، أو ذَاتَ صِنَاعَةٍ ، أو تَعَلُّم القُرْآن ونحوه ، فهَزَلَتْ ونَسِيَتْ فنَقَصَتْ قِيمَتُها ، فعليه ضَمَانُ نَقْصِها . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ لأنَّها نَقَصَتْ عن حال غَصْبِها نَقْصًا أثَّرَ فى قِيمَتِها ، فوَجَبَ ضَمانُه[3] ، كما لو أذْهَبَ عُضْوًا من أعْضَائِها .

١٠/٥و **فصل** : إذا غَصَبَها وقِيمَتُها مائةٌ / فسَمِنَتْ ، فبَلَغَتْ قِيمَتُها ألْفًا ، ثم تَعَلَّمَتْ صِنَاعَةً ، [4]فبَلَغَتْ ألْفَيْنِ ، ثم هَزَلَتْ ونَسِيَتْ ، فعَادَتْ قِيمَتُها إلى مائةٍ ، رَدَّها ورَدَّ ألْفًا وتِسْعَمائة . وإن بَلَغَتْ بالسِّمَنِ ألْفًا[4] ، ثم هَزَلَتْ فبَلَغَتْ مائةً ، ثم تَعَلَّمَتْ فبَلَغَتْ ألْفًا ، ثم نَسِيَتْ فعادَتْ إلى مائةٍ ، رَدَّها ورَدَّ ألْفًا وثَمَانِمائة ؛ لأنَّها نَقَصَتْ بالهُزَالِ تِسْعَمائة ، وبالنِّسْيَانِ تِسْعَمائة . وإن سَمِنَتْ فبَلَغَتْ ألْفًا ، ثم هَزَلَتْ فعادَتْ إلى مائةٍ ، ثم تَعَلَّمَتْ فعادَتْ إلى ألْفٍ ، رَدَّها وتِسْعَمائة ؛ لأنَّ زَوالَ الزِّيادَةِ الأُولَى أوْجَبَ الضَّمَانَ ، ثم حَدَثَتْ زِيَادَةٌ أُخْرَى مِن وَجْهٍ آخَرَ على مِلْكِ المَغْصُوبِ منه ، فلا يَنْجَبِرُ مِلْكُ الإنْسَانِ بمِلْكِه . وأمَّا إذا بَلَغَتْ بالسِّمَنِ ألْفًا ، ثم هَزَلَتْ فعادَتْ إلى مائةٍ ، ثم

(١) فى الأصل : « لأنها » .
(٢ - ٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى ب ، م : « ضمانها » .
(٤ - ٤) مكان هذا فى الأصل : « فتلفت العين » .

سَمِنَتْ فعادَتْ إلى أَلْفٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَرُدُّهَا زائِدَةً ، ويَضْمَنُ نَقْصَ الزِّيادَةِ الأُولَى ، كما لو كانا من جِنْسَيْنِ ، فإنَّ مِلْكَ الإِنْسانِ لا يَنْجَبِرُ بمِلْكِه ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ الثانيةَ غيرُ الأُولَى . فعلى هذا إن هَزَلَتْ مَرَّةً ثانيةً ، فعادَتْ إلى مائةٍ ، ضَمِنَ النَّقْصَيْنِ بأَلْفٍ وثَمَانِمائة . والوَجْهُ الثانى ، أنَّه إذا رَدَّهَا سَمِينَةً ، فلا شئَ عليه ؛ لأنَّه عادَ ما ذَهَبَ ، فأَشْبَه مالو مَرِضَتْ فنَقَصَتْ ، ثم عُوفِيَتْ ، أو نَسِيَتْ صِناعَةً ثم تَعَلَّمَتْها ، أو أَبَقَ العَبْدُ ثم عَادَ . وفارَقَ ما إذا زَادَتْ من جِهَةٍ أُخْرَى ؛ فإنَّه لم يَعُدْ ما ذَهَبَ . وهذا الوَجْهُ ، أَقْيَسُ ؛ لما ذَكَرْنا من شَوَاهِدِه . فعلى هذا لو سَمِنَتْ بعدَ الهُزَالِ ، (٥ولم تَبْلُغْ٥) قِيمَتُها إلى ما بَلَغَتْ فى السِّمَنِ الأَوَّلِ ، أو زَادَتْ عليه ، ضَمِنَ أَكْثَرَ الزِّيادَتَيْنِ ، وتَدْخُلُ الأُخْرَى فيها . وعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ يَضْمَنُهما جَمِيعًا . فأمَّا إن زَادَتْ بالتَّعْلِيمِ أو الصِّناعَةِ ، ثم نَسِيَتْ ، ثم تَعَلَّمَتْ ما نَسِيَتْهُ ، فعادَتِ القِيمَةُ الأُولَى ، لم يَضْمَن النَّقْصَ الأَوَّلَ ؛ لأنَّ العِلْمَ الثانى هو الأَوَّلُ ، فقد عَادَ ما ذَهَبَ . وإن تَعَلَّمَتْ(٦) عِلْمًا آخَرَ ، أو صِناعَةً أُخْرَى ، فهو كعَوْدِ السِّمَنِ ، فيه وَجْهانِ . ذَكَرَ هذا القاضى ، وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ . وقال أبو الخَطَّابِ : متى زَادَتْ ، ثم نَقَصَتْ ، ثم زادَتْ مثلَ الزِّيادَةِ الأُولَى ، ففى ذلك وَجْهانِ ، سواءٌ كانا من جِنْسٍ كالسِّمَنِ مَرَّتَيْنِ ، أو من جِنْسَيْنِ كالسِّمَنِ والتَّعْلِيمِ . والأَوَّلُ أَوْلَى .

فصل : وإن مَرِضَ المَغْصُوبُ ثم بَرَأَ ، أو ابْيَضَّتْ عَيْنُه ثم ذَهَبَ بَيَاضُهَا ، أو غَصَبَ جارِيَةً حَسْناءَ فسَمِنَتْ سِمَنًا نَقَصَها ، ثم خَفَّ سِمَنُها فعادَ / حُسْنُها وقِيمَتُها ٥/١٠ظ رَدَّها ولا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّه لم يَذْهَبْ مالَهُ قِيمَةٌ ، والعَيْبُ الذى أَوْجَبَ الضَّمانَ زَالَ فى يَدَيْهِ . كذلك لو حَمَلَتْ فنَقَصَتْ ، ثم وَضَعَتْ فزالَ نَقْصُها ، لم يَضْمَنْ شيئًا . فإن رَدَّ المَغْصُوبَ ناقِصًا بمَرَضٍ ، أو عَيْبٍ ، أو سِمَنٍ مُفْرِطٍ ، أو حَمْلٍ ، فعليه أَرْشُ نَقْصِه ، فإن زَالَ عَيْبُه فى يَدَىْ مالِكِه ، لم يَلْزَمْهُ رَدُّ ما أَخَذَ من أَرْشِه ؛ لأنَّه اسْتَقَرَّ ضَمَانُه بِرَدِّ(٧)

(٥ - ٥) فى : « وبلغت » .

(٦) فى الأصل : « تعلم » .

(٧) فى الأصل : « برده » .

المَغْصُوبِ . وكذلك إن أخَذَ المغْصُوبَ دُونَ أرْشِه ، ثم زالَ العَيْبُ قبلَ أخْذِ أرْشِه ، لم يَسْقُطْ ضَمَانُه ؛ لذلك .

فصل : زَوَائِدُ الغَصْبِ فى يَدِ الغاصِبِ مَضْمُونَةٌ ضَمَانَ الغَصْبِ ، مثل السِّمَنِ ، وتَعَلُّمِ الصِّنَاعَةِ[8] ، وغيرِها ، وثَمَرةِ الشَّجَرَةِ[9] ، ووَلَدِ الحَيَوانِ ، متى تَلِفَ شىءٌ منه فى يَدِ الغاصِبِ ضَمِنَهُ ، سواءٌ تَلِفَ مُنْفرِدًا ، أو تَلِفَ مع أصْلِه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : لا يَجبُ ضَمَانُ زَوَائِدِ الغَصْبِ ، إلَّا أن يُطَالَبَ بها فيَمْتَنِعُ من أدائِها ؛ لأنَّها غيرُ مَغْصُوبَةٍ ، فلا يَجبُ ضَمَانُها ، كالوَدِيعَةِ ، ودَلِيلُ عَدَمِ الغَصْبِ أنه فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، وثُبُوتُ يَدِه على هذه الزَّوَائِدِ ليس من فِعْلِه ؛ لأنَّه انْبَنَى على وُجُودِ الزَّوائِد فى يَدِه ، وَوُجُودُها ليس بِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ منه . ولَنا ، أنَّه مالُ المَغْصُوبِ منه ، حَصَلَ فى (10) يَدِ الغاصِبِ (10) بالغَصْبِ ، فيَضْمَنُه بالتَّلَفِ ، كالأَصْلِ . وقولُهم : إن إثْبَاتَ يَدِه ليس من فِعْلِه . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه بإمْسَاكِ الأمِّ تَسَبَّبَ إلى إثْبَاتِ يَدِه على هذه الزَّوَائِدِ ، وإثْبَاتُ يَدِه على الأُمِّ مَحْظُورٌ .

فصل : وليس على الغاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِ القِيمَةِ الحاصِلِ بتَغَيُّرِ الأسْعَارِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ جُمْهُورِ العُلَماءِ . وحُكِىَ عن أبى ثَوْرٍ ، أنَّه يَضْمَنُه ؛ لأنَّه يَضْمَنُه إذا تَلِفَتِ العَيْنُ ، فيَلْزَمُه إذا رَدَّهَا ، كالسِّمَنِ . ولَنا ، أنَّه رَدَّ العَيْنَ بحَالِها ، لم يَنْقُصْ منها عَيْنٌ ولا صِفَةٌ ، فلم يَلْزَمْهُ شىءٌ ، كما لو لم تَنْقُصْ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه يَضْمَنُها مع تَلَفِ العَيْنِ ، وإن سَلَّمْنَا فلأنَّهُ وَجَبَتْ قِيمَةُ العَيْنِ أكْثَرَ ما كانت قِيمَتُها ، فدَخَلَتْ فى التَّقْوِيمِ ، بخِلَافِ ما إذا رَدَّهَا ؛ فإنَّ القِيمَةَ لا تَجبُ ، ويُخَالِفُ السِّمَنَ ، فإنَّه من عَيْنِ المَغْصُوبِ ، والعِلْمُ بالصِّنَاعَةِ صِفَةٌ فيها ، وهٰهُنا لم تَذْهَبْ عَيْنٌ ولا صِفَةٌ ؛ ولأنَّه لا حَقَّ لِلْمَغْصُوبِ منه فى القِيمَةِ مع بَقَاءِ العَيْنِ ، وإنَّما حَقُّه فى العَيْنِ ، وهى باقِيَةٌ كلُّها كما

---

(8) فى الأصل : « الصنعة » .

(9) فى الأصل : « الشجر » .

(10 - 10) فى ب ، م : « يده » .

كانت ، ولأنَّ الغاصِبَ يَضْمَنُ ما غَصَبَ ، والقِيمَةُ لا تَدْخُلُ فى الغَصْبِ ، بِخِلَافِ زِيَادَةِ العَيْنِ ، فإنَّها مَغْصُوبَةٌ وقد ذَهَبَتْ .

/ **فصل** : ولو غَصَبَ شيئًا فشَقَّهُ نِصْفَيْنِ ، وكان ثَوْبًا يَنْقُصُه القَطْعُ ، رَدَّهُ وأَرْشَ نَقْصِه ، فإن تَلِفَ أحَدُ النِّصْفَيْنِ ، رَدَّ الباقِى وقِيمَةَ التَّالِفِ ، [11]وأَرْشَ النَّقْصِ ، وإن لم يَنْقُصْهُ القَطْعُ ، رَدَّ الباقِىَ وقِيمَةَ التَّالِفِ[11] لا غيرُ . وإن كانا باقِيَيْنِ[12] ، رَدَّهُما ولا شىءَ عليه سِوَى ذلك . وإن غَصَبَ شَيْئَيْنِ يَنْقُصُهُما التَّفْرِيقُ ، كزَوْجَىْ خُفٍّ ، ومِصْرَاعَىْ بابٍ ، فتَلِفَ أحدُهما ، رَدَّ الباقِىَ ، وقِيمَةَ التَّالِفِ وأَرْشَ نَقْصِهِما . فإذا كانت قِيمَتُهما سِتَّةَ دَرَاهِم ، فتَلِفَ أحَدُهما ، فصارَتْ قِيمَةُ الباقِى دِرْهَمَيْنِ ، رَدَّ الباقِىَ وأَرْبَعَةَ دَرَاهِم . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه[13] لا يَلْزَمُه إلَّا قِيمَةُ التَّالِفِ مع رَدِّ الباقِى . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه لم يَتْلَفْ غيرُه ، ولأنَّ نَقْصَ الباقِى نَقْصُ قِيمَةٍ ، فلا يَضْمَنُه ، كالنَّقْصِ بتَغَيُّرِ الأسْعارِ . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَلَ بِجنَايَتِه ، فلَزِمَهُ ضَمَانُه ، كَشَقِّ الثَّوْبِ الذى يَنْقُصُه الشَّقُّ إذا أُتْلِفَ أحَدَ شِقَّيْه ، بِخِلَافِ نَقْصِ السِّعْرِ ، فإنَّه لم يَذْهَبْ من المَغْصُوبِ عَيْنٌ ولا مَعْنًى ، وهٰهُنا فَوَّتَ مَعْنًى ، وهو إمْكانُ الانْتِفَاعِ به ، وهذا هو المُوجِبُ لِنَقْصِ قِيمَتِه ، وهو حاصِلٌ من جِهَةِ الغاصِبِ ، فيَنْبَغِى أن يَضْمَنَه ، كما لو فَوَّتَ بَصَرَهُ أو سَمْعَه أو عَقْلَه ، أو فَكَّ تَرْكِيبَ بابٍ ونَحوِه . ١١/٥و

فصل : وإن غَصَبَ ثَوْبًا ، فلَبِسَه فأَبْلاهُ ، فنَقَصَ نِصْفُ قِيمَتِه ، ثم غَلَتِ الثِّيابُ ، فعادَتْ لذلك قِيمَتُه ، كما كانت ، لَزِمَهُ رَدُّهُ وأَرْشُ نَقْصِه ، فلو غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُه عَشَرَةٌ ، فنَقَصَهُ لُبْسُه حتى صارَتْ قِيمَتُه خَمْسَةً ، ثم زادَتْ قِيمَتُه فصارَتْ عَشَرَةً ، رَدَّهُ ورَدَّ خَمْسَةً ؛ لأنَّ ما تَلِفَ قبلَ غَلَاءِ الثَّوْبِ ثَبَتَتْ قِيمَتُه فى الذِّمَّةِ خَمْسَةً ، فلا يُعْتَبَرُ[14] ذلك

(١١ – ١١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٢) فى الأصل : « ناقصين » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) فى الأصل : « يتعين » .

بِغَلَاءِ الثَّوْبِ ولا رُخْصِه ، وكذلك لو رَخُصَتِ الثِّيَابُ ، فصارَتْ قِيمَتُها[١٥] ثلاثَةً ، لم يَلْزَمِ الغاصِبَ إِلَّا خَمْسَةٌ ، مع رَدِّ الثَّوْبِ . ولو تَلِفَ الثَّوْبُ كلُّه ، وقِيمَتُه عَشَرَةٌ ، ثم غَلَتِ الثِّيَابُ فصارَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ عِشْرِينَ ، لم يَضْمَنْ إِلَّا عَشَرَةً ؛ لأنَّها ثَبَتَتْ فى الذِّمَّةِ عَشَرَة ، فلا تَزْدَادُ بِغَلَاءِ الثِّيَاب ، ولا تَنْقُصُ بِرُخْصِهَا .

فصل : وإن غَصَبَ ثَوْبًا أو زوليًّا[١٦] ، فذَهَبَ بعضُ أَجْزَائِه ، كخَمْلِ المِنْشَفَةِ ، وزِئْبَرَةِ الثَّوْبِ ، فعليه أَرْشُ نَقْصِه . وإن أَقَامَ عنده مُدَّةً لِمِثْلِها أُجْرَةٌ ، لَزِمَهُ أَجْرُه ، سواءٌ اسْتَعْمَلَهُ أو تَرَكَهُ . وإن اجْتَمَعَا ، مثل أن أقامَ عندَه مُدَّةً ، فذَهَبَ بعضُ أَجْزَائِه ، فعليه ضَمَانُهما معا ، الأَجْرُ وأَرْشُ النَّقْصِ ، سواءٌ كان ذَهَابُ الأَجْزاءِ بالاسْتِعْمالِ أو بغيرِه .

١١/٥ ظ وقال بعضُ أَصْحابِ الشّافِعِىِّ : / إن نَقَصَ بغيرِ الاسْتِعْمالِ ، كثَوْبٍ يَنْقُصُه النَّشْرُ ، فنَقَصَ بنَشْرِه ، وبَقِىَ عنده مُدَّةً ، ضَمِنَ الأَجْرَ والنَّقْصَ ، وإن كان النَّقْصُ من جِهَةِ الاسْتِعْمالِ ، كثَوْبٍ لَبِسَهُ وأَبْلَاهُ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهما ، يَضْمَنُهما معا . والثانى ، يَجِبُ أَكْثَرُ الأَمْرَيْنِ من الأَجْرِ وأَرْشِ النَّقْصِ ؛ لأنَّ ما نَقَصَ من الأَجْزَاءِ فى مُقَابَلَةِ الأَجْرِ ، ولذلك لا يَضْمَنُ المُسْتَأْجِرُ تلك الأَجْزَاء ، ويَتَخَرَّجُ لنا مِثْلُ ذلك . ولَنا ، أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَنْفَرِدُ بالإِيجابِ عن صَاحِبِه ، فإذا اجْتَمَعَا وَجَبَا ، كما لو أَقَامَ فى يَدِه مُدَّةً ثم تَلِفَ ، والأُجْرَةُ تَجِبُ فى مُقَابَلَةِ ما يَفُوتُ من المَنَافِعِ ، لا فى مُقَابَلَةِ الأَجْزَاءِ ، ولذلك يَجِبُ الأَجْرُ وإن لم تَفُتِ الأَجْزَاءُ ، وإن لم يكُنْ لِلْمَغْصُوبِ أَجْرٌ ، كثَوْبٍ غيرِ مَخِيطٍ ، فلا أَجْرَ على الغاصِبِ ، وعليه ضَمَانُ نَقْصِه لا غيرُ .

فصل : وإذا نَقَصَ المَغْصُوبُ عندَ الغاصِبِ ، ثم بَاعَهُ فتَلِفَ عند المُشْتَرِى ، فله أن يُضَمِّنَ مَن شاءَ منهما ، فإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ أَكْثَرَ ما كانت من حين الغَصْبِ إلى حين التَّلَف ؛ لأنَّه فى ضَمَانِه من حينِ غَصْبِه إلى يومِ[١٧] تَلِفَ ، وإن ضَمَّنَ المُشْتَرِىَ

(١٥) فى الأصل : « قيمته » .

(١٦) الزولى : لم نجده . ولعله نوع من الثياب أو الفرش .

(١٧) فى ب : « حين » .

ضَمَّنَهُ قِيمَتَه أكْثَرَ ما كانت من حين قَبْضِه إلى حين تَلَفِه ؛ لأنَّ ما قبلَ القَبْضِ لم يَدْخُلْ فى ضَمَانِه . وإن كان له أُجْرَةٌ ، فله الرُّجُوعُ على الغاصِبِ بِجَمِيعِها ، وإن شاءَ رَجَعَ على المُشْتَرِى بأَجْرِ مُقَامِه فى يَدِه[١٨] ، والباقِى على الغاصِبِ . والكلامُ فى رُجُوعِ كل واحدٍ منهما على صَاحِبِه نَذْكُرُه فيما بعدُ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : وإذا غَصَبَ حِنْطَةً فطَحَنَها ، أو شاةً فذَبَحَها وشَوَاهَا ، أو حَدِيدًا فعَمِلَهُ سَكَاكِينَ أو أوَانِىَ[١٩] ، أو خشبَةً فنَجَرَهَا بَابًا أو تَابُوتًا ، أو ثَوْبًا فقَطَعَهُ وخاطَهُ ، لم يَزُلْ مِلْكُ صَاحِبِه عنه ، ويَأْخُذُه وأَرْشَ نَقْصِه إن نَقَصَ ، ولا شىءَ للغاصِبِ فى زِيَادَتِه ، فى الصَّحِيحِ من المَذْهَبِ . وهذا قولُ الشّافِعِىِّ . وقال أبو حنيفةَ فى هذه المَسَائِلِ كلِّها : يَنْقَطِعُ حَقُّ صَاحِبِها عنها ، إلَّا أنَّ الغاصِبَ لا يجوزُ له التَّصَرُّف فيها إلّا بالصَّدَقَةِ ، إلَّا أن يَدْفَعَ قِيمَتَها فيَمْلِكَها ويَتَصَرَّفَ فيها كيف شاءَ . ورَوَى محمدُ بن الحَكَمِ ، عن أحمدَ ، ما يَدُلُّ على أنَّ الغاصِبَ يَمْلِكُها بالقِيمَةِ ، إلَّا أنَّه قولٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عنه ، فإنَّ محمدًا ماتَ قبل أبى عبدِ الله بنحوٍ من عِشْرِينَ سَنَةً . واحْتَجُّوا بما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ ، زَارَ قَوْمًا من الأنْصارِ فى دَارِهِم ، فقَدَّمُوا إليه شاةً مَشْوِيَّةً / فتَنَاوَلَ منها لُقْمَةً ، فجَعَلَ يَلُوكُها ولا ١٢/٥و
يَسِيغُها ، فقال : « إنَّ هٰذِهِ الشّاةَ لَتُخْبِرُنِى أنَّها أُخِذَتْ بِغَيْرِ وَجْهِ[٢٠] حَقٍّ » . فقالوا : نعم يا رسولَ الله ، طَلَبْنَا فى السُّوقِ فلم نَجِدْ ، فأَخَذْنَا شاةً لبعضِ[٢١] جيرَانِنَا ، ونحن نُرْضِيهِم من ثَمَنِها . فقال النبىُّ ﷺ : « أَطْعِمُوهَا الأَسْرَى » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[٢٢] بنحوٍ من هذا . وهذا يَدُلُّ على[٢٣] أن حَقَّ أصْحَابِها انْقَطَعَ عنها ، ولولا ذلك لأَمَرَ بِرَدِّها

---

(١٨) فى الأصل : « يديه » .
(١٩) فى م : « وأوانى » .
(٢٠) سقط من : الأصل .
(٢١) فى م زيادة : « الأنصار » .
(٢٢) فى : باب فى اجتناب الشبهات ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢١٩ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٩٣ .
(٢٣) سقط من : م .

عليهم . ولَنا ، أنَّ عَيْنَ مالِ المَغْصُوبِ منه قائِمَةٌ ، فلَزِمَ رَدُّها إليه ، كما لو ذَبَحَ الشاةَ ولم يَشْوِهَا ، ولأنَّه لو فعَلَهُ بمِلْكِه لم يَزُلْ عنه ، فإذا فَعَلَهُ بمِلْكِ غيرِه لم يَزُلْ عنه ، كما لو ذَبحَ الشاةَ ، أو ضَرَبَ النُّقْرَةَ دَرَاهِمَ ، ولأنَّه لا يُزِيلُ المِلْكَ إذا كان بغير فِعْلِ آدَمِيٍّ ، فلم يُزِلْهُ إذا فَعَلَهُ آدَمِيٌّ ، كالذى ذَكَرْناه ، فأمَّا الخَبَرُ فليس بمَعْرُوفٍ كما رَوَوْهُ ، وليس فى رِوَايَةِ أبى دَاوُدَ : « ونحن نُرْضِيهِمْ (٢٤ مِن ثَمَنِها٢٤) » . فإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا شىءَ للغاصِبِ بعَمَلِه ، سواءٌ زَادَتِ العَيْنُ أو لم تَزِدْ . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ ، أنَّ الغاصِبَ يُشَارِكُ المالِكَ بالزِّيَادَةِ ؛ لأنَّها حَصَلَتْ (٢٥) بمَنَافِعِه ، ومَنَافِعُه أُجْرِيَتْ مُجْرَى الأَعْيَانِ ، فأَشْبَهَ ما لو غَصَبَ ثَوْبًا فصَبَغَهُ . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ . ذَكَرَهُ أبو بكرٍ ، والقاضى ؛ لأنَّ الغاصِبَ عَمِلَ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَسْتَحِقَّ لذلك عِوَضًا ، كما لو أَغْلَى زَيْتًا فزَادَتْ قِيمَتُه ، أو بَنَى حائِطًا لغيرِه ، أو زَرَعَ حِنْطَةَ إنْسَانٍ فى أَرْضِه ، وسائر عَمَلِ الغاصِبِ . فأمَّا صَبْغُ الثَّوْبِ ، فإنَّ الصَّبْغَ عَيْنُ مالٍ ، لا يَزُولُ مِلْكُ صاحِبِه عنه بجَعْلِه مع مِلْكِ غيرِه ، (٢٦ وهذا حُجَّةٌ عليه ؛ لأنَّه إذا لم يَزُلْ مِلْكُه عن صَبْغِه بجَعْلِه فى مِلْكِ غيرِه٢٦) ، وجَعْلِه كالصِّفَةِ ، فلأنْ لا يَزُولَ مِلْكُ غيرِه بعَمَلِه فيه أَوْلَى ، فإن احْتجَّ بأنَّ من زَرَعَ فى أَرْضِ غيرِه يَرُدُّ عليه نَفَقَتَه ، قُلْنا : الزَّرْعُ مِلْكٌ للغاصِبِ ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه ، ونَفَقَتُه عليه تَزْدَادُ به قِيمَتُه ، فإذا أَخذَه مالِكُ الأَرْضِ ، احْتَسَبَ له بما أَنْفَقَ على مِلْكِه ، وفى مَسْأَلَتِنا عَملُه فى مِلْكِ المَغْصُوبِ منه بغير إذْنِه ، فكان لاغِيًا ، على أنَّنا نقولُ : إنَّما تَجِبُ قِيمَةُ (٢٦ الزَّرْعِ على إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . فأمَّا إن نَقَصَتِ العَيْنُ دون القِيمَةِ ، رَدَّ المَوْجُودَ وقِيمَةَ٢٦) النَّقْصِ ، وإن نَقَصَتِ العَيْنُ والقِيمَةُ ، ضَمِنَهُما معا ، كالزَّيْتِ إذا غَلَاهُ . وهكذا القولُ فى كلِّ ما تَصَرَّفَ فيه ، مثل نُقْرَةٍ ضَرَبَها دَرَاهِمَ أو حَلْيًا ، أو طِينًا

(٢٤ - ٢٤) فى م : « عنها » . وتقدم .

(٢٥) فى الأصل : « عدلت » .

(٢٦ - ٢٦) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

جَعَلَه لَبنًا ، أو غزْلًا نسَجَهُ ، أو ثوْبًا قصَرَهُ . وإن جعَلَ فيه شيئا من عَيْنِ مالِه ، مثل أن سَمَّرَ الرُّفُوفَ[27] بمَسامِيرَ من عنده، فله قَلْعُها ويَضْمَنُ ما نَقصَتِ الرُّفُوفُ[27] ، وإن كانت المَسَامِيرُ من الخُشُبِ المَغْصُوبَةِ ، أو مالِ المَغْصُوبِ منه / فلا شيءَ للغاصِبِ ، وليس له قَلْعُها ، إلَّا أن يَأْمُرَهُ المالِكُ بذلك ، فيَلْزَمُه . وإن كانت المَسَامِيرُ للغاصِبِ ، فوَهَبَها للمالِكِ ، فهل يُجْبَرُ على قَبُولِ الهِبَةِ ؟ على وَجْهَيْنِ . وإن[28] اسْتَأْجَرَ الغاصِبُ على عَمَلِ شيءٍ من هذا الذى ذَكَرْناه ، فالأَجْرُ عليه . والحُكْمُ فى زِيَادَتِه ونَقْصِه ، كما لو وَلِىَ ذلك بنَفْسِه ، إلَّا أن لِلْمالِكِ أن يُضَمِّنَ النَّقْصَ[29] من شاءَ منهما ، [30] فلو اسْتَأْجَرَ قَصَّابًا فذَبَحَ شاةً ، فللمالِكِ أخْذُها وأَرْشُ نَقْصِها ، ويُغَرِّمُ من شاءَ منهما[30] ، فإن غَرَّمَ الغاصِبَ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ إذا لم يَعْلَم القَصّابُ الحالَ ، وإن ضَمَّنَ القَصّابَ رَجَعَ على الغاصِبِ ، لأنَّه غَرَّهُ ، وإن عَلِمَ القَصّابُ أنَّها مَغْصُوبَةٌ فغَرَّمَهُ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ ؛ لأنَّه أتْلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه عَالِمًا بالحالِ ، وإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَعَ على القَصَّابِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ[31] منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ، وإن [32] استعانَ بمَن[32] ذَبَحَ له ، فهو كما لو اسْتَأْجَرَهُ .

فصل : وإن غَصَبَ حَبًّا فزَرَعَهُ فصارَ زَرْعًا ، أو نَوًى فصارَ شَجَرًا ، أو بَيْضًا فحَضَنَهُ فصارَ فَرْخًا ، فهو لِلْمَغْصُوبِ منه ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه نَمَا ، فأَشْبَهَ ما تَقَدَّمَ . ويَتَخَرَّجُ أن يَمْلِكَه الغاصِبُ ، بناءً على الرِّوَايَةِ المَذْكُورَةِ فى الفَصْلِ السابِقِ . وإن غَصَبَ دَجاجَةً فباضَتْ عنده ، ثم حَضَنَتْ بَيْضَها فصارَ فِراخًا ، فهما[33] لمالِكِها ، ولا

٥/١٢ظ

(٢٧) فى الأصل : « الدفوف » .
(٢٨) فى م زيادة : « كان » .
(٢٩) سقط من : ب .
(٣٠ - ٣٠) سقط من : الأصل ، ب .
(٣١) فى الأصل : « دخل » .
(٣٢ - ٣٢) فى ب ، م : « استعار من » .
(٣٣) فى م : « فهم » .

شىءَ للغاصِبِ فى عَلَفِها . قال أحمدُ ، فى طَيْرَةٍ جاءَتْ إلى دارِ قَوْمٍ فأفْرَخَتْ عندهم : يَرُدُّ فُرُوخَها إلى أصْحابِ الطيرَةِ ، ولا شىءَ للغاصِبِ فيما عَمِلَ . وإن غَصَبَ شاةً ، فأنْزَى[34] عليها فَحْلًا ، فالوَلَدُ لصاحِبِ الشّاةِ ؛ لأنَّه مِن نَمائِها . وإن غَصَبَ فَحْلًا ، فأنْزَاهُ على شاتِه ، فالوَلَدُ لِصاحِبِ الشَّاةِ ؛ لأنَّه يَتْبَعُ الأُمَّ ، ولا أُجْرَةَ له ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن عَسْبِ الفَحْلِ[35] . وإن نَقَصَهُ الضِّرَابُ ضَمِنَ[36] نَقْصَه .

فصل : وإن غَصَبَ دَنَانِيرَ أو دَرَاهِمَ من رَجُلٍ ، وخَلَطَها بمِثْلِها لآخَرَ ، فلم يَتَمَيَّزَا ، صارَا شَرِيكَيْنِ . وقال أبو حنيفةَ : يَمْلِكُها الغاصِبُ ، وعليه غَرَامَةُ مِثْلِها لهما ، وإن خَلَطَها بمِثْلِها من مالِه ، مَلَكَها ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ تَسْلِيمُها بعَيْنِها ، فأشْبَهَ ما لو تَلِفَتْ . ولَنا ، أنَّه فِعْلٌ فى المَغْصُوبِ على وَجْهِ التَّعَدِّى ، لم يَذْهَبْ بمالِيَّتِه ، فلم يَزُلْ مِلْكُ صاحِبِه عنه ، كذَبْحِ الشاةِ .

فصل : وإن غَصَبَ عَبْدًا ، فصَادَ صَيْدًا ، أو كَسَبَ شيئا ، فهو لِسَيِّدِه ، وإن غَصَبَ جارِحًا كالفَهْدِ والبَازِىِّ ، فصَادَ به ، فالصَّيْدُ لمالِكِه ؛ لأنَّه مِن كَسْبِ مالِه ، فأشْبَهَ صَيْدَ العَبْدِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه للغاصِبِ ؛ لأنَّه الصائِدُ ، والجارِحَةُ / آلَةٌ له ، ولهذا ١٣/٥ظ
يَكْتَفِى بتَسْمِيَتِه عندَ إرْسَالِه الجارِحَ . وإن غَصَبَ قَوْسًا أو سَهْمًا أو شَبَكَةً ، فصَادَ به ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، أنَّه لِصَاحِبِ القَوْسِ والسَّهْمِ والشَّبَكَةِ ؛ لأنَّه حاصِلٌ به ، فأشْبَهَ نَمَاءَ مِلْكِه وكَسْبَ عَبْدِه . والثانى ، للغاصِبِ ؛ لأنَّ الصَّيْدَ حَصَلَ بِفِعْلِه ، وهذه آلاتٌ ، فأشْبَهَ ما لو ذَبَحَ بِسِكِّينِ غيرِه ، فإن قُلْنا : هو[37] للغاصِبِ . فعليه أجْرُ ذلك كلِّه مُدَّةَ مُقَامِه فى يَدَيْه ، إن كان له أجْرٌ . وإن قُلْنا : هو للمالِكِ ، لم يكُنْ له أجْرٌ فى مُدَّةِ

(٣٤) فى النسخ : « فأترى » . وقعت نقطة الزاى مع النون
(٣٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠٣ .
(٣٦) فى ب ، م : « ضر » .
(٣٧) سقط من : م .

اصْطِيَادِهِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ الأَجْرَ فى مُقَابَلِةِ مَنَافِعِه ، ومَنَافِعُه فى هذه المُدَّةِ عائِدَةٌ إلى مالِكِه ، فلم يَسْتَحِقَّ عِوَضَها على غيرِه ، كما لو زَرَعَ أرْضَ إنْسانٍ ، فأخَذَ المالِكُ الزَّرْعَ بنَفَقَتِه ، والثانى عليه أجْرُ مثلِه ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى مَنَافِعَه ، أشْبَهَ ما لو لم يَصِدْ شيئًا .

٨٦٥ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ غَصَبَ جارِيَةً ، فوَطِئَها ، وأوْلَدَها ، لَزِمَهُ الحَدُّ ، وأخَذَهَا سَيِّدُهَا وأوْلَادَها ومَهْرَ مِثْلِهَا**)

وجملةُ ذلك ، أنَّ الغاصِبَ إذا وَطِئَ الجارِيَةَ المَغْصُوبَةَ ، فهو زانٍ ؛ لأنَّها لَيْسَتْ زَوْجَةً له ولا مِلْكَ يَمِينٍ ، فإن كان عَالِمًا بالتَّحْرِيمِ ، فعليه حَدُّ الزِّنَى ؛ لأنَّه لا مِلْكَ له ، ولا شُبْهَةَ مِلْكٍ ، وعليه مَهْرُ مِثْلِها ، سواءٌ كانت مُكْرَهَةً أو مُطَاوِعَةً . وقال الشّافِعِىُّ : لا مَهْرَ لِلمُطَاوِعَةِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن مَهْرِ البَغِىِّ[1] . ولَنا ، أنَّ هذا حَقٌّ لِلسَّيِّدِ ، فلا يَسْقُطُ بمُطَاوَعَتِها ، كما لو أَذِنَتْ فى قَطْعِ يَدِها ، ولأنَّه حَقٌّ يَجِبُ لِلسَّيِّدِ مع إكْرَاهِها ، فيَجِبُ مع مُطَاوَعَتِها ، كأَجْرِ مَنَافِعِها ، والخَبَرُ مَحْمُولٌ على الحُرَّةِ ، ويَجِبُ أُرْشُ بَكَارَتِها ؛ لأنَّه بَدَلُ جُزْءٍ منها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ ؛ لأنَّ مَهْرَ البِكْرِ يَدْخُلُ فيه[2] أرْشُ البَكَارَةِ ، ولهذا يَزِيدُ على مَهْرِ الثَّيِّبِ عادَةً ، لأَجْلِ ما يَتَضَمَّنُه من تَفْوِيتِ البَكَارَةِ . وإن حَمَلَتْ ، فالوَلَدُ مَمْلُوكٌ لِسيِّدِها ؛ لأنَّه من نَمائِها وأَجْزائِها ، ولا يَلْحَقُ نَسَبُهُ بالواطِئِ ؛ لأنَّه من زِنًى . فإن وَضَعَتْهُ حَيًّا ، وَجَبَ رَدُّه معها ، وإن أسْقَطَتْهُ مَيِّتًا ، لم يُضْمَنْ ؛ لأنَّنا لا نَعْلَمُ حَيَاتَه قبلَ هذا . هذا قولُ القاضى ، وهو الظّاهِرُ من مذهبِ الشّافِعِىِّ عندَ أصْحَابِه . وقال (٣ القاضِى أبو الحُسَيْنِ ٣) : يَجِبُ ضَمَانُه بقِيمَتِه لو كان حَيًّا . نَصَّ عليه الشّافِعِىُّ ؛ لأنَّه يَضْمَنُه لو سَقَطَ بِضَرْبَتِه ، وما ضُمِنَ بالإِتْلَافِ ضَمِنَهُ

---

(١) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٥٣ .

(٢) سقط من : ب .

(٣ – ٣) كذا ورد فى النسخ ، ولعل صوابه : « القاضى الحسين » وهو الحسين بن محمد بن أحمد المروروذى القاضى أبو على ، أحد رفعاء الشافعية ، وهو صاحب « التعليقة » توفى سنة اثنتين وستين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٤ / ٣٥٦–٣٦٥ .

الغاصِبُ بالتَّلَفِ فى يَدِه ، كأَجْرِ العَيْنِ . والأَوْلَى ، إن شاءَ اللهُ تعالى ، أنْ يَضْمَنَهُ بعُشْرِ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنَّه الذى يَضْمَنُه به بالجِنايةِ ، فيَضْمَنُه به فى التَّلَفِ ، كالأَجْزاءِ . وإن / ١٣/٥ ظ
وَضَعَتْه حَيًّا ، حَصَلَ مَضْمُونًا فى يَدِ الغاصِبِ ، كالأُمِّ . فإن ماتَ بعد ذلك ، ضَمِنَهُ بقِيمَتِه . وإن نَقَصَتِ الأُمُّ بالوِلَادَةِ ، ضَمِنَ نَقْصَها ، ولم يَنْجَبِرْ بالوَلَدِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَنْجَبِرُ نَقْصُها بوَلَدِهَا . ولَنا ، أنَّ وَلَدَها مِلْكُ المَغْصُوبِ منه ، فلا يَنْجَبِرُ به نَقْصٌ حَصَلَ[٤] بجِنَايَةِ الغاصِبِ ، كالنَّقْصِ الحاصِلِ بغيرِ الوِلَادَةِ . وإن ضَرَبَ الغاصِبُ بَطْنَها فأَلْقَت الجَنِينَ مَيِّتًا ، فعليه عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ . وإن ضَرَبَ بَطْنَها أَجْنَبِىٌّ ، ففيه مثلُ ذلك ، وللمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شاءَ ، فإنْ ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَعَ على الضَّارِبِ ، وإن ضَمَّنَ الضارِبَ ، لم يَرْجِعْ على أَحَدٍ ؛ لأنَّ الإِتْلافَ وُجِدَ منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه . وإن ماتَتِ الجارِيَةُ ، فعليه قِيمَتُها أكْثَر ما كانتْ . ويَدْخُلُ فى ذلك أَرْشُ بَكَارَتِها ، ونَقْصُ وِلَادَتِها ، ولا يَدْخُلُ فيه[٥] ضَمَانُ وَلَدِها ، ولا مَهْرُ مِثْلِها ، وسواءٌ فى هذه الأَحْكَامِ كلِّها حَالةُ الإِكْرَاهِ أو المُطَاوَعَةِ ؛ لأنَّها حُقُوقٌ لِسَيِّدِهَا ، فلا تَسْقُطُ بمُطَاوَعَتِها . وأما حُقُوقُ اللهِ تعالى ، كالحَدِّ عليها ، والإِثْمِ[٦] ، والتَّعْزِيرِ فى مَوْضِعٍ يَجِبُ ، فإن كانت مُطَاوِعَةً على الوَطْءِ ، عَالِمةً بالتَّحْرِيمِ ، فعليها الحَدُّ إذا كانتْ من أَهْلِه ، والإِثْمُ ، وإلَّا فلا .

فصل : وإن كان الغاصِبُ جاهِلًا بتَحْرِيمِ[٧] ذلك ؛ لِقُرْبِ عَهْدِه بالإِسلامِ ، أو ناشِئًا بِبَادِيةٍ بَعِيدَةٍ يَخْفَى عليه مثلُ هذا ، فاعْتَقَدَ حِلَّ وَطْئِها ، أو اعْتَقَدَ أنَّها جارِيَتُه فأَخَذَها ، ثم تَبَيَّنَ أنَّها غيرُها ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّ الحَدَّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، وعليه المَهْرُ ، وأَرْشُ البَكَارَةِ . وإن حَمَلَتْ فالوَلَدُ حُرٌّ ، لِاعْتِقَادِه أنَّها مِلْكُه ، ويَلْحَقُه النَّسَبُ

---

(٤) فى الأصل : « حمل » .
(٥) سقط من : الأصل .
(٦) سقط من : م .
(٧) سقط من : ب .

لِمَوْضِعِ الشُّبْهةِ . وإن وَضَعَتْهُ مَيِّتًا ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّه لم يَعْلَمْ حَيَاتَه ، ولأنَّه لم يَحُلْ بينه وبينَه ، وإنما وَجَبَ تَقْوِيمُه لأَجْلِ الحَيْلُولَةِ . وإن وَضَعَتْه حَيًّا ، فعليه قِيمَتُه يومَ انْفِصَالِه ؛ لأنَّه فَوَّتَ عليه رِقَّهُ باعْتِقَادِه ، ولا يُمْكِنُ تَقْوِيمُه حَمْلًا ، فَقُوِّمَ عليه أَوَّلَ حالِ انْفِصَالِه ؛ لأنَّه أَوَّلُ حال إمْكَانِ تَقْوِيمِه ، ولأنَّ ذلك وَقْتُ الحَيْلُولَةِ بينه وبينَ سَيِّدِه . وإن ضَرَبَ الغاصِبُ بَطْنَها ، فأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ، فعليه غُرَّةُ عَبْدٍ أو أَمَةٍ ، قِيمَتُها خَمْسٌ من الإِبلِ ، مَوْرُوثَةً عنه ، لا يَرِثُ الضَّارِبُ منها شيئا ؛ لأنَّه أَتْلَفَ جَنِينًا حُرًّا ، وعليه لِلسَّيِّدِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنَّ الإِسْقاطَ لمَّا اعْتَقَبَ الضَّرْبَ ، فالظاهِرُ حُصُولُه به ، وضَمَانُه لِلسَّيِّدِ ضَمَانُ المَمَالِيكِ ، ولهذا لو وَضَعَتْهُ حَيًّا قَوَّمْنَاهُ مَمْلُوكًا . / وإن كان الضارِبُ أَجْنَبِيًّا ، ١٤/٥و
فعليه غُرَّةُ دِيَةِ الجَنِينِ الحُرِّ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ، وتكونُ مَوْرُوثَةً عنه ، وعلى الغاصِبِ لِلسَّيِّدِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنَّه يَضْمَنُه ضَمَانَ المَمَالِيكِ ، وقد فَوَّتَ رِقَّه على السَّيِّدِ ، وحَصَلَ التَّلَفُ فى يَدَيْهِ . والحُكْمُ فى المَهْرِ ، والأَرْشِ ، والأَجْرِ ، ونَقْصِ الوِلَادَةِ ، وقِيمَتِها [8]إن تَلِفَتْ[8] ، ما مَضَى إذا كانا عَالِمَيْنِ ؛ لأنَّ هذه حُقُوقُ الآدَمِيِّينَ ، فلا تَسْقُطُ بالجَهْلِ والخَطَإِ ، كالدِّيَةِ .

٨٦٦ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ كَانَ الْغَاصِبُ بَاعَهَا ، فَوَطِئَها الْمُشْتَرِى ، وأَوْلَدَهَا ، وَهُوَ لا يَعْلَمُ ، رُدَّتِ الْجَارِيَةُ إلى سَيِّدها ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا ، وفَدَى أَوْلَادَه بِمِثْلِهِمْ ، وَهُمْ أَحْرارٌ ، ورَجَعَ بِذٰلِكَ كُلِّهِ عَلَى الْغَاصِبِ)

وجملةُ ذلك ، أنَّ الغاصِبَ إذا باعَ الجارِيَةَ ، فبَيْعُه فاسِدٌ ؛ لأنَّه يَبِيعُ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه . وفيه رِوَايَةٌ أُخرَى ، أنَّه يَصِحُّ ، ويَقِفُ على إجَازَةِ المالِكِ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى البَيْعِ . وفيه رِوايةٌ ثالِثَةٌ ، أنَّ البَيْعَ يَصِحُّ ، ويَنْفُذُ ، لأنَّ الغَصْبَ فى الظَّاهِرِ تَتَطَاوَلُ مُدَّتُه ، فلو لم يَصِحَّ تَصَرُّفُ الغاصِبِ ، أَفْضَى إلى الضَّرَرِ بالمالِكِ والمُشْتَرِى ؛ لأنَّ المالِكَ لا يَمْلِكُ ثَمَنَها ، والمُشْتَرِى لا يَمْلِكُها . والتَّفْرِيعُ على الرِّوَايَةِ الأُولَى ، والحُكْمُ فى وَطْءِ المُشْتَرِى كالحُكْمِ فى وَطْءِ الغاصِبِ ، إلَّا أنَّ المُشْتَرِىَ إذا ادَّعَى الجَهَالَةَ ، قُبِلَ منه ، بِخِلَافِ

(٨-٨) سقط من : م .

الغاصِبِ ، فإنَّه لا يُقْبَلُ منه إلَّا بشَرْطٍ ذَكَرْناهُ . ويَجِبُ رَدُّ الجارِيَةِ إلى سَيِّدِها ، ولِلمَالِكِ مُطَالَبَةُ أيِّهما شاءَ بِرَدِّها ؛ لأنَّ الغاصِبَ أخَذَها بغيرِ حَقٍّ ، وقد قال النبيُّ ﷺ : « على اليَدِ ما أَخَذَتْ حتى تَرُدَّهُ »[1] . والمُشْتَرِى أخَذَ مالَ غيرِه بغيرِ حَقٍّ أيضا ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّ مالَ غيرِه فى يَدِه . وهذا لا خِلَافَ فيه بحَمْدِ اللهِ تعالى . ويَلْزَمُ المُشْتَرِىَ المَهْرُ ؛ لأنَّه وَطِئَ جارِيَةَ غيرِه بغيرِ نِكَاحٍ ، وعليه أَرْشُ البَكَارَةِ ، ونَقْصُ الوِلَادَةِ . وإن وَلَدَتْ منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِاعْتِقَادِه أنَّه يَطَأُ مَمْلُوكَتَه ، فمَنَعَ ذلك انْخِلَاقَ الوَلَدِ رَقِيقًا ، ويَلْحَقُه نَسَبُه ، وعليه فِدَاؤُهُم ؛ لأنَّه فَوَّتَ رِقَّهُم على سَيِّدِهِم باعْتِقَادِه حِلَّ الوَطْءِ . وهذا الصَّحِيحُ فى المذهبِ ، وعليه الأَصْحَابُ . وقد نَقَلَ ابن مَنْصُورٍ ، عن أحمدَ ، أنَّ المُشْتَرِىَ لا[2] يَلْزَمُه فِدَاءُ أَوْلادِه ، وليس لِلسَّيِّدِ بَدَلُهم ؛ لأنَّهم كانوا فى حالِ
١٤/٥ ظ العُلُوقِ أَحْرَارًا ، ولم يكُنْ لهم قِيمَةٌ حِينَئِذٍ . قال الخَلَّالُ : أَحْسَبُه قَوْلًا لأبى عبدِ اللهِ أوَّل ، / والذى أَذْهَبُ[3] إليه أنه يَفْدِيهِم . وقد نَقَلَه ابنُ منصورٍ أيضا ، وجَعْفَرُ بن محمدٍ ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ . ويَفْدِيهم بِبَدَلِهِم يومَ الوَضْعِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَجِبُ[2] يومَ المُطَالَبَةِ ؛ لأنَّ وَلَدَ المَغْصُوبَةِ لا يَضْمَنُه عندَه إلَّا بالمَنْعِ ، وقبلَ المُطَالَبَةِ لم يَحْصُلْ مَنْعٌ فلم يَجِبْ ، وقد ذَكَرْنا فيما مَضَى ، أنَّه يَحْدُثُ مَضْمُونًا ، فيُقَوَّمُ يومَ وَضْعِه ؛ لأنَّه أوَّلُ حالٍ أَمْكَنَ[4] تَقْوِيمُه . واخْتَلَفَ أصْحَابُنا فيما يَفْدِيهِم به ، فنَقَلَ الخِرَقِىُّ هٰهُنا أنَّه يَفْدِيهِم بِمِثْلِهِم . والظَّاهِرُ أنَّه أرَادَ بِمِثْلِهِم فى السِّنِّ ، والصِّفَاتِ ، والجِنْسِ ، والذُّكُورِيَّةِ والأُنُوثِيَّةِ ، وقد نَصَّ عليه أحمدُ . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ : يَفْدِيهِم بِمِثْلِهِم فى القِيمَةِ . وعن أحمدَ رِوَايَةٌ ثالثةٌ ، أنَّه[5] يَفْدِيهِم بقِيمَتِهِم .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٦١ .
وفى م : « تؤديه » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى الأصل : « ذهب » .
(٤) فى الأصل : « يمكن » .
(٥) سقط من : ب .

وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشّافِعِىِّ . وهو أصَحُّ إن شاءَ اللهُ تعالى ؛ لأنَّ الحَيَوانَ ليس بمِثْلِىٍّ ، فيُضْمَنُ بقِيمَتِه كسائِرِ المُتَقَوَّماتِ ، ولأنَّه لو أتْلَفه ضَمِنَهُ بقِيمَتِه . وقد ذَكَرْنا وَجْهَ هذه الأقْوالِ فى غير هذا المَوْضِعِ . وقولُ الخِرَقِىِّ : « رَجَعَ بذلك كلِّه على الغاصِبِ » . يَعْنِى بالمَهْرِ ، وما فَدَى به الأوْلَادَ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ دَخَلَ على أن يُسَلِّمَ له الأوْلَادَ ، وأن يَتَمَكَّنَ من الوَطْءِ بغيرِ عِوَضٍ ، فإذا لم يُسَلِّمْ له ذلك ، فقد غَرَّهُ البائِعُ ، فرَجَعَ به عليه . فأمَّا الجارِيَةُ إذا رَدَّها لم يَرْجِعْ ببَدَلِها ؛ لأنَّها مِلْكُ المَغْصُوبِ منه رَجَعَتْ إليه ، لكنَّه يَرْجِعُ على الغاصِبِ بالثَّمَنِ الذى أخَذَه منه . وإن كانت قد أقامَتْ عندَه مُدَّةً لمِثْلِها أجْرٌ فى تلك المُدَّةِ ، فعليه أجْرُهَا . وإن اغْتَصَبَها بِكْرًا ، فعليه أرْشُ بَكارَتِها . وإن نَقَصَتْها الوِلَادَةُ أو غيرُها ، فعليه أرْشُ نَقْصِها . وإن تَلِفَتْ فى يَدِه ، فعليه قِيمَتُها . وكلُّ ضَمانٍ يَجِبُ على المُشْتَرِى ، فلِلْمَغْصُوبِ منه أن يَرْجِعَ به على من شاءَ منهما ؛ لأنَّ يَدَ الغاصِبِ سَبَبُ يَدِ المُشْتَرِى . وما وَجَبَ على الغاصِبِ ، من أجْرِ المُدَّةِ التى كانت فى يَدِه ، أو نَقْصٍ حَدَثَ عنده ، فإنَّه يَرْجِعُ به على الغاصِبِ وحدَه ؛ لأنَّ ذلك كان قبلَ يَدِ المُشْتَرِى . فإذا طالَبَ المالِكُ[٦] المُشْتَرِىَ بما وَجَبَ فى يَدِه ، وأخَذَه منه ، فأرَادَ المُشْتَرِى الرُّجُوعَ به على الغاصِبِ ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان المُشْتَرِى حين الشِّراءِ عَلِمَ أنَّها[٧] مَغْصُوبَةٌ ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ؛ لأنَّ مُوجِبَ الضَّمانِ وُجِدَ فى يَدِه من غيرِ تَغْرِيرٍ ، وإن لم يَعْلَمْ ، فذلك على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ ضَرْبٌ لا يَرْجِعُ به ، وهو قِيمَتُها إن تَلِفَتْ فى يَدِه ، وأرْشُ بَكارَتِها ، وبَدَلُ جُزْءٍ من أجْزائِها ؛ لأنَّه دَخَلَ مع البائِعِ على أنَّه يكونُ / ضامِنًا ١٥/٥و
لذلك بالثَّمَنِ ، فإذا ضَمِنَهُ لم يَرْجِعْ به . وضَرْبٌ يَرْجِعُ به ، وهو بَدَلُ الوَلَدِ إذا وَلَدَتْ منه ؛ لأنَّه دَخَلَ معه فى العَقْدِ على أن لا يكونَ الوَلَدُ مَضْمُونًا عليه ، ولم يَحْصُلْ من جِهَتِه إتْلَافٌ ، وإنَّما الشَّرْعُ أتْلَفَهُ بحُكْمِ بَيْعِ الغاصِبِ منه ، وكذلك نَقْصُ الوِلَادَةِ . وضَرْبٌ اخْتُلِفَ فيه ، وهو مَهْرُ مِثْلِها وأجْرُ نَفْعِها ، فهل يَرْجِعُ به على الغاصِبِ ؟ فيه رِوَايَتانِ ؛

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى م زيادة : « غير » .

إحْداهُما ، يَرْجِعُ به . وهو قولُ الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه دَخَلَ فى العَقْدِ على أن يُتْلِفَه[8] بغير عِوَضٍ ، فإذا غَرِمَ عِوَضَه رَجَعَ به ، كبَدَلِ الوَلَدِ ، ونَقْصِ الوِلَادَةِ . وهذا أحدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . والثانية ، لا يَرْجِعُ به ، وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه غَرِمَ ما اسْتَوْفَى بَدَلَهُ ، فلا يَرْجِعُ به ، كقِيمَةِ الجارِيَةِ ، وبَدَلِ أجْزائِها . وهذا القولُ الثانى للشَّافِعِىِّ . وإن رَجَعَ بذلك كلِّه على الغاصِبِ فكُلُّ ما لو رَجَعَ به على المُشْتَرِى لا[9] يَرْجِعُ به على الغاصِبِ ، إذا رَجَعَ به على الغاصِبِ رَجَعَ به الغاصِبُ على المُشْتَرِى . وكلُّ ما لو رَجَعَ به على المُشْتَرِى رَجَعَ به المُشْتَرِى على[10] الغاصِبِ إذا غَرِمَهُ الغاصِبُ ، لم يَرْجِعْ به على المُشْتَرِى . ومتى رَدَّها حامِلًا فماتَتْ من الوَضْعِ ، فإنَّها مَضْمُونَةٌ على الواطِئِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ[11] بِسَبَبٍ من جِهَتِه .

فصل : ومن اسْتَكْرَهَ امْرأَةً على الزِّنَى ، فعليه الحَدُّ دُونَها ؛ لأنَّها مَعْذُورَةٌ ، وعليه مَهْرُها حُرَّةً كانت أو أَمَةً ، فإن كانت حُرَّةً كان المَهْرُ[12] لها ، وإن كانت أَمَةً كان لِسيِّدِها . وبه قال مالكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَجِبُ المَهْرُ ؛ لأنَّه وَطْءٌ يَتَعَلَّقُ به وُجُوبُ الحَدِّ ، فلم يَجِبْ به المَهْرُ ، كما لو طَاوَعَتْهُ . ولَنا ، أنَّه وَطْءٌ فى غير مِلْكٍ ، سَقَطَ فيه الحَدُّ من المَوْطُوءَةِ . فإذا كان الواطِئُ من أَهْلِ الضَّمانِ فى حَقِّها ، وَجَبَ عليه مَهْرُها كما لو وَطِئَها بِشُبْهَةٍ ، وأما المُطَاوِعَةُ ، فإن كانت أَمَةً وَجَبَ عليه[13] مَهْرُها ؛ لأنَّه حَقٌّ لِسيِّدِها ، فلا يَسْقُطُ بِرِضَاهَا ، وإن كانت حُرَّةً ، لم يَجِبْ لها المَهْرُ ؛ لأنَّ رِضَاهَا اقْتَرَنَ بالسَّبَبِ المُوجِبِ ، فلم يُوجِبْ ، كما لو أَذِنَتْه فى قَطْعِ يَدِها ، أو إتْلَافِ جُزْءٍ منها . ورُوِىَ عن أحمدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ الثَّيِّبَ لا مَهْرَ لها وإن أُكْرِهَتْ . نَقَلَها

---

(8) فى الأصل : « متلفه » .

(9) فى الأصل : « لم » .

(10) فى ب : « إلى » .

(11) فى ب : « التالف » .

(12) سقط من : ب .

(13) سقط من : م .

ابنُ منصُورٍ ، وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّها مُكْرَهَةٌ على الوَطْءِ الحَرَامِ ، فوَجَبَ لها المَهْرُ ، كالبِكْرِ ، ويَجِبُ أرْشُ البَكَارَةِ مع المَهْرِ ، كما قَدَّمْنَا .

فصل : إذا أجَرَ الغاصِبُ المَغْصُوبَ ، فالإجارَةُ باطِلَةٌ ، على إحْدَى الرِّوَاياتِ ، كالبَيْعِ / ، ولِمَالِكِه تَضْمِينُ أيِّهما شاءَ أجْرَ مِثْلِها ، فإن ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ ، لم يَرْجِعْ بذلك ، لأنَّه دَخَلَ فى العَقْدِ على أنَّه يَضْمَنُ المَنْفَعَةَ ، (١٤)إلَّا أن يَزِيدَ أجْرُ المِثْلِ على المُسَمَّى فى العَقْدِ ، فيَرْجِعَ بالزِّيادَةِ(١٤) ويَسْقُطَ عنه المُسَمَّى فى العَقْدِ . وإن كان دَفَعَهُ إلى الغاصِبِ ، رَجَعَ به . وإن تَلِفَتِ العَيْنُ فى يَدِ المُسْتَأْجِرِ ، فلِمَالِكِها تَغْرِيمُ مَن شاءَ منهما قِيمَتَها ، فإن غَرَّمَ المُسْتَأْجِرَ فله الرُّجُوعُ بذلك على الغاصِبِ ؛ لأنَّه دَخَلَ معه على أنَّه لا يَضْمَنُ العَيْنَ ، ولم يَحْصُلْ له بَدَلٌ فى مُقَابَلَةِ ما غَرِمَ ، هذا إذا لم يَعْلَمْ بالغَصْبِ ، وإن عَلِمَ لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، وحَصَلَ التَّلَفُ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وإن غَرَّمَ الغاصِبَ الأجْرَ والقِيمَةَ ، رَجَعَ بالأجْرِ على المُسْتَأْجِرِ على كلِّ حالٍ ، ويَرْجِعُ بالقِيمَةِ إن(١٥) كان المُسْتَأْجِرُ عالِمًا بالغَصْبِ ، وإلَّا فلا . وهذا قولُ الشّافِعِىِّ ، ومحمدِ بن الحَسَنِ ، فى الفَصْلِ كله . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ أنَّ الأجْرَ للغاصِبِ دون صَاحِبِ الدّارِ . (١٦)وهذا فاسِدٌ ؛ لأنَّ الأجْرَ عِوَضُ المَنافِعِ المَمْلُوكَةِ لِرَبِّ الدّارِ(١٦) ، فلم يَمْلِكْها الغاصِبُ ، كعِوَضِ الأجْزاءِ . ١٥/٥ ظ

فصل : وإن أوْدَعَ المَغْصُوبَ ، أو وَكَّلَ رَجُلًا فى بَيْعِه ، ودَفَعَهُ إليه ، فتَلِفَ فى يَدِه ، فلِلْمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شاءَ ؛ أمَّا الغاصِبُ فلأنَّه حالَ بين المالِكِ وبين مِلْكِه ، وأثْبَتَ اليَدَ العادِيَةَ عليه ، والمُسْتَوْدَعُ والوَكِيلُ لإثْباتِهِما أيْدِيهما على مِلْكٍ مَعْصُومٍ بغير حَقٍّ . فإن غَرَّمَ الغاصِبَ ، وكانا غيرَ عالِمَيْنِ بالغَصْبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، ولم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، وإن غَرَّمهما رَجَعا على الغاصِبِ بما غَرِمَا من القِيمَةِ والأجْرِ ؛ لأنَّهما دَخَلا

(١٤–١٤) سقط من : الأصل ، ب .

(١٥) فى ب : « وإن » .

(١٦–١٦) سقط من : الأصل .

على أن لا يَضْمَنَا شيئا مِن ذلك ، ولم يَحْصُلْ لهما بَدَلٌ عمَّا ضَمِنَا . وإن عَلِمَا أنَّها مَغْصُوبَةٌ اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليهما[17] ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ تحتَ[18] أَيْدِيهِما من غير تَغْرِيرٍ بهما ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليهما ، فإن غَرِمَا شيئا ، لم يَرْجِعَا به . وإن غَرَّمَ الغاصِبَ ، رَجَعَ عليهما ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فى أَيْدِيهِما . وإن جَرَحَها الغاصِبُ ، ثم أَوْدَعَها ، أو رَدَّها إلى مَالِكِها ، فتَلِفَتْ بالجُرْحِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمانُ على الغاصِبِ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه هو المُتْلِفُ ، فكان الضَّمانُ عليه ، كما لو باشَرَها بالإِتْلافِ فى يَدِه[19] .

فصل : وإن أَعَارَ العَيْنَ المَغْصُوبَةَ ، فتَلِفَتْ عند المُسْتَعِيرِ ، [20]فلِلْمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شَاءَ أَجْرَها وقِيمَتَها ، فإن غَرَّمَ المُسْتَعِيرَ[20] مع عِلْمِه بالغَصْبِ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، وإن غَرَّمَ الغاصِبَ رَجَعَ على[17] المُسْتَعِيرِ . وإن لم يكُنْ عَلِمَ بالغَصْبِ ، فَغَرَّمَهُ ، لم يَرْجِعْ بقِيمَةِ العَيْنِ ؛ لأنَّه قَبَضَها على أن تكونَ مَضْمُونَةً عليه . وهل يَرْجِعُ بما غَرِمَ من الأَجْرِ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يَرْجِعُ ؛ لأنَّه دَخَلَ على أن المَنَافِعَ له غيرَ
٥/١٦و مَضْمُونَةٍ عليه . والثانى ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه / انْتَفَعَ بها ، فقد اسْتَوْفَى بَدَلَ ما غَرِمَ ، وكذلك الحُكْمُ فيما تَلِفَ من الأَجْزاءِ بالاسْتِعْمالِ . وإذا كانت العَيْنُ وَقْتَ القَبْضِ أَكْثَرَ قِيمَةً من يوم التَّلَفِ ، فضَمِنَ الأَكْثَرَ ، فيَنْبَغِى أن يَرْجِعَ بما بين القِيمَتَيْنِ ؛ لأنَّه دَخَلَ على أنَّه لا يَضْمَنُه ، ولم يَسْتَوْفِ بَدَلَه . فإن رَدَّها المُسْتَعِيرُ على الغاصِبِ ، فلِلْمالِكِ أن يُضَمِّنَهُ أيضا ؛ لأنَّه فَوَّتَ المِلْكَ على مالِكِه بتَسْلِيمِه إلى غيرِ مُسْتَحِقِّه . ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الغاصِبِ إن حَصَلَ التَّلَفُ فى يَدَيْهِ ، وكذلك الحُكْمُ فى المُودَعِ وغيرِه .

فصل : وإنْ وَهَبَ المَغْصُوبَ لِعَالِمٍ بالغَصْبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمانُ على المُتَّهِبِ ،

---

(١٧) سقط من : م .

(١٨) فى ب : « فى » .

(١٩) فى الأصل : « بدنه » .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : الأصل .

فمهما غَرِمَ من قِيمَةِ العَيْنِ أو أجْزَائِها ، لم يَرْجِعْ به على أحَدٍ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فى يَدَيْه ، ولم يَغُرَّهُ أحَدٌ ، وكذلك أجْرُ[21] مُدَّةِ مُقَامِه فى يَدَيْهِ ، وأَرْشُ نَقْصِه إن حَصَلَ . وإن لم يَعْلَمْ ، فلِصَاحِبِها تَضْمِينُ أيِّهما شَاءَ ، فإن ضَمَّنَ المُتَّهِبَ ، رَجَعَ على الواهِبِ بقِيمَةِ العَيْنِ والأَجْزَاءِ ؛ لأنَّه غَرَّهُ . وقال أبو حنيفةَ : أيُّهما ضُمِّنَ لم يَرْجِعْ على الآخرِ . ولَنا ، أنَّ المُتَّهِبَ دَخَلَ على أن تُسَلَّمَ له العَيْنُ ، فيَجِبُ أن يَرْجِعَ بما غَرِمَ من قِيمَتِها ، كقِيمَةِ الأَوْلَادِ ، فإنَّه وافَقَنَا على الرُّجُوعِ بضَمَانِه . فأمَّا الأُجْرَةُ والمَهْرُ وأرْشُ البَكَارَةِ ، فهل يَرْجِعُ به المُتَّهِبُ على الواهِبِ ؟ فيه وَجْهَانِ . وإن ضَمَّنَهُ الواهِبَ ، فهل يَرْجِعُ به على المُتَّهِبِ ؟ فيه وَجْهَانِ .

فصل : وتَصَرُّفَاتُ الغاصِبِ كتَصَرُّفاتِ الفُضُولِىِّ ، على ما ذَكَرْنَا من الرِّوَايَتَيْنِ ؛ إحْدَاهما ، بُطْلَانُها . والثانية ، صِحَّتُها ووُقُوفُها على إجازَةِ المالِكِ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ أنَّ فى تَصَرُّفاتِ الغاصِبِ الحُكْمِيَّةِ رِوَايةً ، أنَّها تَقَعُ صَحِيحَةً ، وسواءٌ فى ذلك العِبَادَاتُ ، كالطَّهَارَةِ والصَّلَاةِ والزَّكَاةِ والحَجِّ ، أو العُقُودُ كالبَيْعِ[22] والإِجَارَةِ والنِّكَاحِ[23] . وهذا يَنْبَغِى أن يَتَقَيَّدَ فى العُقُودِ بما لم يُبْطِلْهُ المالِكُ ، فأمَّا ما اخْتارَ المالِكُ إبْطَالَه وأَخْذَ المَعْقُودِ عليه ، فلم نَعْلَمْ فيه خِلَافًا ، وأما ما لم يُدْرِكْهُ المالِكُ ، فوَجْهُ التَّصْحِيحِ فيه أنَّ الغاصِبَ تَطُولُ مُدَّتُه ، وتَكْثُرُ تَصَرُّفاتُه ، ففى القَضَاءِ ببُطْلَانِها ضَرَرٌ كَثِيرٌ ، ورُبَّما عَادَ الضَّرَرُ على المالِكِ ، فإنَّ الحُكْمَ بصِحَّتِها يَقْتَضِى كَوْنَ الرِّبْحِ للمالِكِ ، والعِوَضِ بنَمائِه وزِيَادَتِه له ، والحُكْم ببُطْلَانِه يَمْنَعُ ذلك .

فصل : وإذا غَصَبَ أَثْمانًا فاتَّجَرَ بها ، أو عُرُوضًا فباعَها واتَّجَرَ بثَمَنِها ، فقال أصْحابُنا : الرِّبْحُ للمالِكِ ، والسِّلَعُ المُشْتَرَاةُ له . وقال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ ، وأبو الخَطَّابِ : إن كان الشِّرَاءُ بعَيْنِ المالِ فالرِّبْحُ / للمالِكِ . قال الشَّرِيفُ : وعن أحمدَ أنَّه يَتَصَدَّقُ به . وإن ٥/١٦ظ

(٢١) فى ب زيادة : « مثلها » .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) فى ب زيادة : « ونحوها » .

اشْتَراهُ فى ذِمَّتِه ، ثم نَقَدَ الأَثْمانَ ، فقال أبو الخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أن يكُونَ الرِّبْحُ للغاصِبِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشّافِعِىِّ فى أحَدِ قَوْلَيْهِ ؛ لأنَّه اشْتَرَى لِنَفْسِه فى ذِمَّتِه ، فكان الشِّرَاءُ له ، والرِّبْحُ له ، وعليه بَدَلُ المَغْصُوبِ . وهذا قِيَاسُ قولِ الخِرَقِىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الرِّبْحُ للمَغْصُوبِ منه ؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِه ، فكان له[24] . كما لو اشْتَرَى له بِعَيْنِ المالِ . وهذا[25] ظَاهِرُ المَذْهَبِ . وإن حَصَلَ خُسْرانٌ ، فهو على الغاصِبِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَلَ فى المَغْصُوبِ[26] . وإن دَفَعَ المالَ إلى من يُضارِبُ به ، فالحُكْمُ فى الرِّبْحِ على ما ذَكَرْناهُ . وليس على المالِكِ من أَجْرِ العامِلِ شىءٌ ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له فى العَمَلِ فى مالِه ، وأمَّا الغاصِبُ ، فإن كان المُضَارِبُ عَالِمًا بالغَصْبِ ، فلا أَجْرَ له ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ بالعَمَلِ ، ولم يَغُرَّهُ أحَدٌ ، وإن لم يَعْلَمْ بالغَصْبِ ، فعلى الغاصِبِ أَجْرُ مثلِه ؛ لأنَّه اسْتَعْمَلَه عَمَلًا بِعِوَضٍ لم يَحْصُلْ له ، فلَزِمَهُ أَجْرُهُ ، كالعَقْدِ الفاسِدِ .

٨٦٧ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى رَدِّه ، لَزِمَتِ الْغَاصِبَ الْقِيمَةُ ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ ، رَدَّهُ وأخَذَ الْقِيمَةَ)

وجملتُه أنَّ من غَصَبَ شيئا فَعَجَزَ[1] عن رَدِّه ، كعَبْدٍ أَبَقَ ، أو دَابَّةٍ شَرَدَتْ ، فلِلْمَغْصُوبِ منه المُطَالَبَةُ بِبَدَلِه ، فإذا أخَذَهُ مَلَكَهُ ، ولم يَمْلِكِ الغاصِبُ العَيْنَ المَغْصُوبَةَ ، بل متى قَدَرَ عليها لَزِمَهُ رَدُّها ، ويَسْتَرِدُّ قِيمَتَها التى أَدَّاها . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : يُخَيَّرُ المالِكُ بين الصَّبْرِ إلى إمْكانِ رَدِّها فيَسْتَرِدُّها ، وبين تَضْمِينِه إيَّاها فيَزُولُ مِلْكُه عنها ، وتَصِيرُ مِلْكًا للغاصِبِ ، لا يَلْزَمُه رَدُّها ، إلَّا أن يكونَ دَفَعَ دُونَ قِيمَتِها بقَوْلِه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ المالِكَ مَلَكَ البَدَلَ ، فلا يَبْقَى

---

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) فى م زيادة : « هو » .

(٢٦) فى ب : « يد الغاصب » .

(١) فى ب ، م : « يعجز » .

مِلْكُه على المُبْدَلِ ، كالبَيْعِ ، ولأنَّه تَضْمِينٌ فيما يَنْتَقِلُ [2] المِلْكُ فيه [3] ، فنَقَلُه [4] ، كما لو خَلَطَ زَيْتَهُ بزَيْتِهِ . ولَنا ، أنَّ المَغْصُوبَ لا يَصِحُّ تَمَلُّكُه بالبَيْعِ ، فلا يَصِحُّ بالتَّضْمِينِ كالتَّالِفِ [5] ، ولأنَّه غَرِمَ ما تَعَذَّرَ عليه [6] رَدُّه بخُرُوجِه عن يَدِه ، فلا يَمْلِكُه بذلك ، كما لو كان المَغْصُوبُ مُدَبَّرًا ، وليس هذا جَمْعًا بين البَدَلِ والمُبْدَلِ ؛ لأنَّه مَلَكَ القِيمَةَ لأجْلِ الحَيْلُولةِ ، لا على سَبِيلِ العِوَضِ ، ولهذا إذا رَدَّ المَغْصُوبَ إليه ، رَدَّ القِيمَةَ عليه ، ولا يُشْبِهُ الزَّيْتَ ؛ لأنَّه يجوزُ بَيْعُه ، ولأنَّ حَقَّ صاحِبِه انْقَطَعَ عنه ، لِتَعَذُّرِ رَدِّه أبدًا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه متى قَدَرَ على المَغْصُوبِ رَدَّه ، ونَماءَهُ المُنْفَصِلَ والمُتَّصِلَ ، وأَجْرَ مِثْلِه / إلى حين ٥/١٧و
دَفْعِ بَدَلِه . وهل يَلْزَمُه أَجْرُه من حين دَفْعِ بَدَلِه إلى [6] رَدِّه ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أصَحُّهُما لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ الانْتِفاعَ بِبَدَلِه الذى أُقِيمَ مُقَامَه ، فلم يَسْتَحِقَّ الانْتِفاعَ به ، وبما قام مَقَامَه ، كسائِرِ ما عداه . والثانى ، له الأجْرُ [7] ؛ لأنَّ العَيْنَ باقِيَةٌ على مِلْكِه ، والمَنْفَعةُ له ، ويَجِبُ على المالِكِ رَدُّ ما أخَذَه بَدَلًا عنه إلى الغاصِبِ ؛ لأنَّه أخَذَهُ بالحَيْلُولةِ ، وقد زالَتْ ، فيَجِبُ رَدُّ ما أخَذَ من أجْلِها إن كان باقِيًا بعَيْنِه ، ورَدُّ زِيادَتِه المُتَّصِلَة ، كالسِّمَنِ ونحوِه ؛ لأنَّها تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ ، وهذا فَسْخٌ ، ولا يَلْزَمُ رَدُّ زِيادَتِه المُنْفَصِلَةَ ؛ لأنَّها وُجِدَتْ فى مِلْكِه ، ولا تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ ، فأشْبَهَتْ زِيادَةَ المَبِيعِ المَرْدُودِ بعَيْبٍ ، وإن كان البَدَلُ تالِفًا ، رَدَّ مثلَه أو قِيمَتَه إن لم يكُنْ من ذَوَاتِ الأمْثالِ .

فصل : وإن غَصَبَ عَصِيرًا فصارَ خَمْرًا ، فعليه مثلُ العَصِيرِ ؛ لأنَّه تَلِفَ فى يَدَيْهِ ، فإن صارَ خَلًّا ، وَجَبَ رَدُّه ، وما نَقَصَ من قِيمَةِ العَصِيرِ ، ويَسْتَرْجِعُ ما أدَّاهُ من بَدَلِه .

---

(٢) فى م : « ينقل » .
(٣) فى الأصل : « عنه » .
(٤) فى ب ، م : « فنقله » .
(٥) فى م : « كالتلف » .
(٦) سقط من : ب .
(٧) فى م : « أجر » .

وقال بعضُ أصْحابِ الشّافِعِيِّ : يَرُدُّ الخَلَّ ، ولا يَسْتَرْجِعُ القِيمةَ ؛ لأنَّ العَصِيرَ تَلِفَ بتَخَمُّرِه ، فوَجَبَ ضَمَانُه وإن عَادَ خَلًّا ، كما لو هَزَلَتِ الجارِيَةُ السَّمِينَة ثم عَادَ سِمَنُها ، فإنَّه يَرُدُّها وأَرْشَ نَقْصِها . ولَنا ، أنَّ الخَلَّ عَيْنُ العَصِيرِ ، تَغَيَّرَتْ صِفَتُه ، وقد رَدَّهُ ، فكان له اسْتِرْجَاعُ ما أدَّاهُ بَدَلًا[8] عنه ، كما لو غَصَبَهُ فغَصَبَهُ منه غاصِبٌ ثم رَدَّهُ عليه ، وكما لو غَصَبَ حَمَلًا فصارَ كَبْشًا . أما السِّمَنُ الأوَّلُ فلَنا فيه مَنْعٌ ، وإن سَلَّمْناه فالثانى غيرُ الأَوَّلِ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا .

فصل : وإذا غَصَبَ شيئا ببَلَدٍ ، فلَقِيَهُ ببَلَدٍ آخَرَ ، فطَالَبَهُ به ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان أثْمانًا ، لَزِمَهُ دَفْعُهُما إليه ؛ لأنَّ الأثْمانَ قِيَمُ الأشْياءِ ، فلا يَضُرُّ اخْتِلَافُ قِيمَتِها ، وإن كان[9] غيرَها وكان[9] من المِثْلِيَّاتِ وقِيمَتُهُ فى البَلَدَيْنِ واحِدَةٌ ، أو كانت قِيمَتُه فى بَلَدِ الغَصْبِ أكْثَرَ ، لَزِمَهُ أداءُ مِثْلِه ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ عليه . وكذلك إن كانت قِيمَتُه مُخْتَلِفَةً إلَّا أنَّه لا مُؤْنَةَ لِحَمْلِه ، فله المُطَالَبَةُ بمِثْلِه ؛ لأنَّه أمْكَنَهُ رَدُّ المِثْلِ من غير ضَرَرٍ يَلْحَقُه . وإن كان لِحَمْلِه مُؤْنَةٌ ، وقِيمَتُه فى البَلَدِ الذى غَصَبَهُ فيه أقَلُّ ، فليس عليه رَدُّهُ ولا رَدُّ مِثْلِه ؛ لأنَّنا لا نُكَلِّفُه مُؤْنَةَ النَّقْلِ إلى بَلَدٍ لا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَه فيه ، ولِلْمَغْصُوبِ منه الخِيَرَةُ بين الصَّبْرِ إلى أن يَسْتَوْفِيَهُ فى بَلَدِه ، وبينَ المُطَالَبَةِ فى الحال بقِيمَتِه فى البَلَدِ الذى غَصَبَهُ فيه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ رَدُّه ورَدُّ مثلِه . وإن كان من المُتَقَوَّماتِ ، فله المُطَالَبَةُ بقِيمَتِه فى البَلَدِ الذى
١٧/٥ظ غَصَبَه فيه ، ومتى قَدَرَ على رَدِّ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ ، رَدَّها ، واسْتَرْجَعَ / بَدَلَها ، على ما ذَكَرْناهُ فى المَسْأَلَةِ قبلَ هذا .

٨٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ غَصَبَها حَامِلًا ، فوَلَدَتْ فِى يَدِه ، ثُمَّ مَاتَ الوَلَدُ ، أَخَذَها سَيِّدُها وقِيمَةَ وَلَدِهَا ، أَكْثَرَ مَا كَانَتْ قِيمَتُه)

الكلامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى أمْرَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أنَّه إذا غَصَبَ حامِلًا من الحَيَوانِ ،

---

(٨) سقط من : ب .

(٩) فى م : « كانت » .

أَمَةً[1] أو غيرَها ، فالوَلَدُ مَضْمُونٌ ، كذلك لو غَصَبَها[2] حائِلًا[3] ، فحَمَلَتْ عنده ، ووَلَدَتْ ، ضَمِنَ وَلَدَها . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : لا يَجبُ ضَمَانُ الوَلَدِ فى الصُّورَتَيْنِ ؛ لأنَّه ليس بمَغْصُوبٍ ، إذِ الغَصْبُ فِعْلٌ مَحْظورٌ ، ولم يُوجَدْ ، فإنَّ المَوْجُودَ ثُبُوتُ اليَدِ عليه ، وليس ذلك من فِعْلِه ؛ لأنَّه انْبَنَى على وُجُودِ الوَلَدِ ، ولا صُنْعَ له فيه . ولَنا ، أنَّ ما ضَمِنَ خارِجَ الوِعَاءِ ضَمِنَ ما[4] فيه ، كالدُّرَّةِ فى الصَّدَفَةِ ، والجَوْزِ ، واللَّوْزِ ؛ لأنَّه مَغْصُوبٌ فيُضْمَنُ ، كالأُمِّ ، فإنّ الوَلَدَ إمَّا أن يكونَ مَوْدُوعًا فى الأُمِّ ، كالدُّرَّةِ فى الحُقَّةِ ، وإمَّا أن يكونَ كأَجْزَائِها ، وفى كلا المَوْضِعَيْنِ ، الاسْتِيلَاءُ على الظَّرْفِ ، والاسْتِيلَاءُ على الجُمْلَةِ اسْتِيلَاءٌ على الجُزْءِ المَظْرُوفِ ، فإنْ أَسْقَطَتْهُ مَيِّتًا ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّه لا تُعْلَمُ حَيَاتُه ، ولكنْ يَجِبُ ما نَقَصَتِ الأُمُّ عن كَوْنِها حامِلًا ، وأمَّا إذا حَدَثَ الحَمْلُ ، فقد سَبَقَ الكلامُ فيه . الأمْرُ الثانى ، أنَّه[5] يَلْزَمُه رَدُّ المَوْجُودِ من المَغْصُوبِ وقِيمَةِ التَّالِفِ ، فإنْ كانت قِيمَةُ التّالِفِ لا تَخْتَلِفُ من حين الغَصْبِ إلى حين الرَّدِّ ، رَدَّهَا ، وإن كانت تَخْتَلِفُ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان اخْتِلَافُهُما لِمَعْنًى فيه ، من كِبَرٍ وصِغَرٍ ، وسِمَنٍ وهُزَالٍ ، وتَعَلُّمٍ ونِسْيانٍ ، ونحوِ ذلك من المَعَانِى التى تَزِيدُ بها القِيمَةُ وتَنْقُصُ ، فالواجبُ القِيمَةُ أَكْثَرَ ما كانت ، لأنَّها مَغْصُوبَةٌ فى الحالِ [6]التى زَادَتْ فيها[6] ، والزِّيَادَةُ لِمَالِكِها مَضْمونَةٌ على الغاصِبِ ، على ما قَرَّرْناهُ فيما مَضَى ، فإن كانت زائِدَةً حين تَلَفِها ، لَزِمَتْهُ قِيمَتُها حِينَئِذٍ ؛ لأنَّه كان يَلْزَمُه رَدُّها زَائِدَةً ، فلَزِمَتْهُ قِيمَتُها كذلك ، وإن كانت زائِدَةً قبلَ تَلَفِها ، ثم نَقَصَتْ عندَ تَلَفِها ، لَزِمَهُ

---

(١) فى ب زيادة : « كانت » .

(٢) فى ب ، م : « غصب » .

(٣) الحائل : التى لم تحمل .

(٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٥) فى الأصل : « أن » .

(٦ - ٦) فى ب : « الذى زادت فيه » .

قِيمَتُها حين كانت زائِدَةً ؛ لأنَّه لو رَدَّهَا ناقِصَةً لَلَزِمَهُ أَرْشُ نَقْصِها ، وهو بَدَلُ الزِّيَادَةِ ، فإذا ضَمِنَ الزِّيَادَةَ مع رَدِّها ، ضَمِنَها عندَ تَلَفِها ، فإن كان اخْتِلافُها لِتَغَيُّرِ الأَسْعارِ ، لم يَضْمَن الزِّيَادَةَ ؛ لأنَّ نُقْصَانَ[7] القِيمَةِ لذلك لا يُضْمَنُ مع رَدِّ العَيْنِ ، فلا يُضْمَنُ عند تَلَفِها . وحَمَلَ القاضى قولَ الخِرَقِيِّ على ما إذا اخْتَلَفَتِ القِيمَةُ لِتَغَيُّرِ الأَسْعارِ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ، لأنَّ أَكْثَرَ القِيمَتَيْنِ فيه لِلْمَغْصُوبِ منه ، فإذا تَعَذَّرَ رَدُّهَا ضَمِنَها ،
١٨/٥و كقِيمَتِه يومَ / التَّلَفِ ، وإنَّما سَقَطَتِ القِيمَةُ مع رَدِّ العَيْنِ . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لما ذَكَرْنا ، وتُفارِقُ هذه الزِّيَادَةُ زِيادَةَ المَعَانِى ؛ لأَنَّ تلك تُضْمَنُ مع رَدِّ العَيْنِ ، فكذلك مع تَلَفِها ، وهذه لا تُضْمَنُ مع رَدِّ العَيْنِ ، فكذلك مع تَلَفِها . وقولُهم : إنَّها سَقَطَتْ بِرَدِّ العَيْنِ[8] . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّها لو وَجَبَتْ لما سَقَطَتْ بالرَّدِّ ، كزِيَادَةِ السِّمَنِ والتَّعَلُّمِ[9] . قال القاضى : ولم أجِدْ عن أحمدَ رِوَايةً بأنَّها تُضْمَنُ بأَكْثَرِ القِيمَتَيْنِ ؛ لِتَغَيُّرِ الأَسْعارِ . فعلى هذا تُضْمَنُ بقِيمَتِها يوم التَّلَفِ . رَواهُ الجماعَةُ عن أحمدَ . وعنه أنَّها تُضْمَنُ بِقِيمَتِها يومَ الغَصْبِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومَالِكٍ ، لأنَّـه الوَقْتُ الذى أَزَالَ يَدَهُ عنه فيه[10] فيَلْزَمُه القِيمَـةُ حِينَئِذٍ ، كما لو أَتْلَفَهُ . ولَنا ، أنَّ القِيمَةَ إنَّما تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ حين التَّلَفِ ؛ لأنَّ قبلَ ذلك كان الواجِبُ رَدَّ العَيْنِ دُونَ قِيمَتِهـا ، فاعْتُبِرَتْ تلك الحالَةُ[11] ، كما لو لم تَخْتَلِفْ قِيمَتُه . وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ إمْسَاكَ المَغْصُوبِ غَصْبٌ ، فإنَّه فِعْلٌ يَحْرُمُ[12] عليه تَرْكُه فى كلِّ حالٍ ، وما رُوِى عن أحمدَ من اعْتِبارِ القِيمَةِ بيوم الغَصْبِ ، فقال الخَلَّالُ : جَبُنَ أحمدُ عنه . كأنَّه رَجَعَ إلى قَوْلِه الأَوَّلِ .

---

(٧) فى ب : « نقص » .

(٨) فى الأصل زيادة : « قلنا » .

(٩) فى الأصل : « والتعليم » .

(١٠) سقط من : ب ، م .

(١١) فى ب : « الحال » .

(١٢) فى م : « يجب » .

فصل : وإن كان المَغْصُوبُ من المِثْلِيَّاتِ فتلِفَ ، وَجَبَ رَدُّ مثلِه فإن فُقِدَ المِثْلُ ، وَجَبَتْ قِيمَتُه يوم انْقِطَاعِ المِثْلِ . وقال القاضى : تَجبُ قِيمَتُه يومَ قَبْضِ البَدَلِ ؛ لأنَّ الواجِبَ المِثْلُ إلى حينِ قَبْضِ البَدَلِ ، بِدَلِيلِ أنَّه لو وُجِدَ المِثْلُ بعدَ فَقْدِه[١٣] ، لَكان الواجِبُ هو دُونَ القِيمَةِ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، وأكْثَرُ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ : تَجبُ قِيمَتُه يومَ المُحاكَمَةِ ؛ لأنَّ القِيمَةَ لم تَنْتَقِلْ إلى ذِمَّتِه إلَّا حين حَكَمَ بها الحاكِمُ . ولَنا ، أنَّ القِيمَةَ وَجبَتْ فى الذِّمَّةِ حينَ انْقِطَاعِ المِثْلِ ، فاعْتُبِرَتِ القِيمَةُ حِينَئِذٍ ، كتَلَفِ المُتَقَوَّمِ ، ودَلِيلُ وُجُوبِها حِينَئِذٍ أنَّه يَسْتَحِقُّ طَلَبَها واسْتِيفَاءَها ، ويَجبُ على الغاصِبِ أدَاؤُها ، ولا يَنْفِى وُجُوبَ المِثْلِ ؛ لأنَّه مَعْجُوزٌ عنه ، والتَّكْلِيفُ يَسْتَدْعِى الوُسْعَ ، ولأنَّه لا يَسْتَحِقُّ طَلَبَ المِثْلِ ولا اسْتِيفَاءَه ، ولا يَجبُ على الآخرِ أدَاؤُه ، فلم يكُنْ وَاجِبًا كحَالَةِ المُحاكَمَةِ . وأمَّا إذا قَدَرَ على المِثْلِ بعدَ فَقْدِه ، فإنَّه يَعُودُ وُجُوبُه ؛ لأنَّه الأَصْلُ قَدَرَ عليه قبلَ أدَاءِ البَدَلِ ، فأشْبَهَ القُدْرَةَ على الماءِ بعدَ التَّيَمُّمِ ، ولهذا لو قَدَرَ عليه بعدَ المُحاكَمَةِ وقبلَ الاسْتِيفَاءِ ، لَاسْتَحَقَّ[١٤] المالِكُ طَلَبَهُ وأَخْذَه . وقد رُوِىَ / عن أحمدَ فى رَجُلٍ أخَذَ ٥/١٨ ظ

من رَجُلٍ أرْطالًا مِن كذا وكذا : أَعْطَاهُ على السِّعْرِ يومَ أَخَذَهُ ، لا يومَ يُحَاسِبُه . وكذلك رُوِىَ عنه فى حَوائِجِ البَقَّالِ : عليه القِيمَةُ يومَ الأَخْذِ . وهذا يَدُلُّ على أنَّ القِيمَةَ تُعْتَبَرُ يومَ الغَصْبِ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى الفَصْلِ قبلَ هذا . ويُمْكِنُ التَّفْرِيقُ بين هذا وبين الغَصْبِ من قبلُ أنَّ ما أَخَذَهُ هٰهُنا بإذْنِ مالِكِه ، مَلَكَهُ وحَلَّ له التَّصَرُّفُ فيه ، فتَثْبُتُ قِيمَتُه يومَ مَلَكَهُ ، ولم يَتَغَيَّرْ ما ثَبَتَ فى ذِمَّتِه بتَغَيُّرِ قِيمَةِ ما أخَذَه ؛ لأنَّه مَلَكَهُ ، والمَغْصُوب مِلْكٌ لِلْمَغْصُوبِ منه ، والواجِبُ رَدُّه لا قِيمَتُه ، وإنَّما تَثْبُتُ قِيمَتُه فى الذِّمَّةِ يومَ تَلَفِه ، أو انْقِطَاعِ مِثْلِه ، فاعْتُبِرَتِ القِيمَةُ حِينَئِذٍ ، وتَغَيَّرَتْ بتَغَيُّرِه قبلَ ذلك ، فأمَّا إن كان المَغْصُوبُ باقِيًا ، وتَعَذَّرَ رَدُّه ، فأَوْجَبْنا رَدَّ قِيمَتِه ، فإنَّه يُطَالِبُه بقِيمَتِه يومَ قَبْضِها ؛ لأنَّ القِيمَةَ لم تَثْبُتْ فى الذِّمَّةِ قبلَ ذلك ، ولهذا يَتَخَيَّرُ بين أَخْذِها والمُطَالَبَةِ بها ، وبينَ الصَّبْرِ إلى

---

(١٣) فى ب : « هذه » .

(١٤) فى الأصل ، ب : « لا يستحق » .

وَقْتِ إِمْكانِ الرَّدِّ ومُطَالَبةِ الغاصِبِ بالسَّعْيِ فى رَدِّه ، وإنَّما يَأْخُذُ القِيمَةَ لأَجْلِ الحَيْلُولةِ بينَه وبينَه ، فيُعْتَبرُ ما يَقُومُ مَقامَه ، ولأَنَّ مِلْكَهُ لم يَزُلْ عنه ، بِخِلَافِ غيرِه .

٨٦٩ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ لِلْمَغْصُوبِ أُجْرَةٌ ، فَعَلَى الْغاصِبِ رَدُّه ، وأَجْرُ مِثْلِه مُدَّةَ مُقامِهِ فِى يَدَيْهِ)

هذه المسألة تَشْتَمِلُ على حُكْمَيْنِ ؛ أحدِهما ، وُجُوبُ رَدِّ المَغْصُوبِ . والثانى ، رَدُّ أُجْرَتِه . أمَّا الأَوَّلُ فإنَّ المَغْصُوبَ متى كان باقِيًا ، وَجَبَ رَدُّهُ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ » . رَوَاه أبو دَاوُدَ ، وابنُ ماجه ، والتِّرمِذِىُّ[(١)] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . ورَوَى عبدُ اللهِ بن السَّائِبِ بن يَزِيدَ ، عن أبِيهِ ، عن جَدِّه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَأْخُذْ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِه لَاعِبًا[(٢)] جادًّا ، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا »[(٣)] . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[(٤)] . يَعْنِى أنَّه يَقْصِدُ المَزْحَ مع صَاحِبِه بأَخْذِ مَتَاعِه ، وهو جادٌّ فى إِدْخَالِ الغَمِّ والغَيْظِ عليه . ولأنَّه أزَالَ يَدَ المالِكِ عن مِلْكِه بغيرِ حَقٍّ ، فلَزِمَهُ[(٥)] إِعَادَتُها . وأَجْمَعَ العُلَماءُ على وُجُوبِ رَدِّ المَغْصُوبِ إذا كان باقِيًا بحَالِه لم يَتَغَيَّرْ ، ولم يَشْتَغِلْ بغَيْرِه . فإن غَصَبَ شيئا ، فبَعَّدَه ، لَزِمَهُ[(٦)] رَدُّه ، وإن غَرِمَ عليه أَضْعَافَ قِيمَتِه ؛ لأنَّه جَنَى بِتَبْعِيدِه ، فكان ضَرَرُ ذلك عليه . فإن قال الغاصِبُ : خُذْ مِنِّى أَجْرَ رَدِّه ، وتَسَلَّمْهُ مِنِّى هٰهُنا . أو بَذَلَ له أَكْثَرَ من قِيمَتِه ولا يَسْتَرِدُّه ، لم[(٧)] يَلْزَم / ١٩/٥ و

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٢ .

(٢) فى ب زيادة : « ولا » .

(٣) فى الأصل : « فله ردها » .

(٤) فى : باب من يأخذ الشىء على المزاح ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٥٩٧ .
كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلما ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ٩ / ٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٢٢١ .

(٥) فى الأصل : « فلزمته » .

(٦) فى ب ، م : « فلزم » .

(٧) فى الأصل : « ولم » .

المالِكَ قَبولُ ذلك[٨] ؛ لأنّها مُعاوَضةٌ فلا يُجْبَرُ عليها ، كالبَيْع . وإن قال المالِكُ : دَعْهُ لى فى مَكَانِه الذى نَقَلْتَه إليه . لم يَمْلِكِ الغاصِبُ رَدَّه ؛ لأنَّه أسْقَطَ عنه حَقًّا فسَقَطَ وإن لم يَقْبَلْهُ ، كما لو أبْرَأَهُ من دَيْنِه . وإن قال : رُدَّهُ لى إلى بعضِ الطَّرِيقِ . لَزِمَهُ ذلك ؛ لأنَّه يَلْزَمُه جَمِيعُ المَسَافَةِ ، فلَزِمَهُ بعضُها المَطْلُوبُ ، وسَقَطَ عنه ما أسْقَطَهُ . وإن طَلَبَ منه حَمْلَهُ إلى مكانٍ آخَرَ فى غيرِ طَرِيقِ الرَّدِّ ، لم يَلْزَمِ الغاصِبَ ذلك ، سواءٌ كان أقْرَبَ من المَكَانِ الذى يَلْزَمُه رَدُّه إليه أو لم يكُنْ ؛ لأنَّه مُعاوَضةٌ . وإن قال : دَعْهُ فى مَكَانِه ، وأعْطِنِى أجْرَ رَدِّه . لم يُجْبَرْ على إجابَتِه ؛ لذلك . ومهما اتَّفَقا عليه من ذلك جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما .

فصل : وإن غَصَبَ شيئا ، فشَغَلَهُ بمِلْكِه ، كخَيْطٍ خاطَ به ثَوْبًا ، أو نحوَه ، أو حَجَرًا بنى عليه ، نَظَرْنا ؛ فإن بَلِىَ الخَيْطُ ، أو انْكَسَرَ الحَجَرُ ، أو كان مَكانَه خَشَبَةٌ فتَلِفَتْ ، لم يَأْخُذْ بِرَدِّهِ ، ووَجَبَتْ قِيمَتُه ؛ لأنَّه صارَ هالِكًا ، فوَجَبَتْ قِيمَتُه . وإن كان باقِيًا بحالِه ، لَزِمَهُ[٩] رَدُّه ، وإن انْتَقَضَ البِنَاءُ ، وتَفَصَّلَ الثَّوْبُ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَجِبُ رَدُّ الخَشَبَةِ والحَجَرِ ؛ لأنَّه صارَ تابِعًا لِمِلْكِه يَسْتَضِرُّ بقَلْعِه ، فلم يَلْزَمْ رَدُّه ، كما لو غَصَبَ خَيْطًا فخَاطَ به جُرْحَ عَبْدِه . ولَنا ، أنَّه مَغْصُوبٌ أمْكَنَ رَدُّه ، ويجوزُ له فوَجَبَ ، كما لو بَعُدَ العَيْنَ ، ولا يُشْبِهُ الخَيْطَ الذى يُخَافُ على العَبْدِ من قَلْعِه ؛ لأنَّه لا يَجوزُ له رَدُّه ، لما فى ضِمْنِه من تَلَفِ الآدَمِىِّ . ولأنَّ حاجَتَهُ إلى ذلك تُبِيحُ أخْذَه ابْتِداءً ، بخِلافِ البِناءِ ، وإن خاطَ بالخَيْطِ جُرْحَ حَيوانٍ ، فذلك على أقْسامٍ ثلاثةٍ ؛ أحدِها ، أن يَخِيطَ به جُرْحَ حَيوانٍ لا حُرْمَةَ له ، كالمُرْتَدِّ والخِنْزِيرِ والكَلْبِ العَقُورِ ، فيَجِبُ نَزْعُه ورَدُّه ؛ لأنَّه لا يتَضَمَّنُ[١٠] تَفْوِيتَ ذى حُرْمَةٍ ، فأشْبَه ما لو خَاطَ به ثَوْبًا . والثانى ، أن يَخِيطَ به جُرْحَ حَيوانٍ مُحْتَرَمٍ ، لا يَحِلُّ أكْلُه ،

---

(٨) سقط من : ب .

(٩) فى الأصل : « لزم » .

(١٠) فى م : « يضمن » .

كالآدمِىِّ ، فإن خِيفَ من نَزْعِه الهَلَاكُ أو إبْطَاءُ بُرْئِه ، فلا يَجبُ نَزْعُه ؛ لأنَّ الحَيَوانَ آكَدُ حُرْمَةً من عَيْنِ المالِ ، ولهذا يجوزُ له أخْذُ[11] مالِ غيرِه لِيَحْفَظَ حَيَاتَه ، وإتْلَافُ المالِ لِتَبْقِيَتِه ، وهو ما يَأْكُلُه . وكذلك الدَّوَابُّ التى لا يُؤْكَلُ لَحْمُها ، كالبَغْلِ والحِمَارِ الأَهْلِىِّ . الثالث ، أن يَخِيطَ به جُرْحَ حَيوانٍ مَأْكُولٍ ، فإن كان مِلْكًا لغيرِ الغاصِبِ ، وخِيفَ تَلَفُه / بقَلْعِه ، لم يُقْلَعْ ؛ لأنَّ فيه إضْرَارًا بِصَاحِبِه ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ولا يَجبُ إتْلَافُ مالِ مَن لم يَجْنِ صِيَانَةً لمالٍ آخَرَ ، وإن كان الحَيَوانُ للغاصِبِ ، فقال القاضى :[12] يَجبُ رَدُّه ؛ لأنَّه يُمْكِنُ ذَبْحُ الحَيَوانِ والانْتِفَاعُ بلَحْمِه ، وذلك جائزٌ ، وإن حَصَلَ فيه نَقْصٌ على الغاصِبِ ، فليس ذلك بمَانِعٍ من وُجُوبِ رَدِّ المَغْصُوبِ ، كنَقْصِ البِنَاءِ لِرَدِّ الحَجَرِ المَغْصُوبِ . وقال أبو الخَطَّابِ : فيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، هذا . والثانى ، لا يَجبُ قَلْعُه ؛ لأنَّ لِلْحَيَوانِ حُرْمَةً فى نَفْسِه ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن ذَبْحِ الحَيَوانِ لغيرِ مَأْكَلَةٍ[13] . ولأَصْحابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهانِ كهٰذَيْنِ . ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بين ما يُعَدُّ لِلأَكْلِ من الحَيَوانِ ، كبَهِيمَةِ الأَنْعامِ والدَّجاجِ وأَكْثَرِ الطَّيْرِ ، وبينَ مالا يُعَدُّ له ، كالخَيْلِ والطَّيْرِ المَقْصُودِ صَوْتُه ؛ فالأَوَّلُ يَجبُ ذَبْحُه إذا تَوَقَّفَ رَدُّ المَغْصُوبِ عليه . والثانى ، لا يَجبُ ؛ لأنَّ ذَبْحَهُ إتْلَافٌ له ، فجَرَى مَجْرَى مالا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ . ومتى أمْكَنَ رَدُّ الخَيْطِ من غيرِ تَلَفِ الحَيَوانِ ، أو تَلَفِ بعضِ أعْضَائِه ، أو ضَرَرٍ كثيرٍ ، وَجَبَ رَدُّه . ١٩/٥ظ

فصل : وإن غَصَبَ فَصِيلًا ، فأَدْخَلَهُ دَارَه ، فكَبِرَ ولم يَخْرُجْ من البابِ ، أو خَشَبَةً وأَدْخَلَها دَارَه ، ثم بَنَى البابَ ضَيِّقًا ، لا يَخْرُجُ منه إلَّا بنَقْضِه ، وَجَبَ نَقْضُه ، ورَدُّ الفَصِيلِ والخَشَبَةِ ، كما يُنْقَضُ البِنَاءُ لِرَدِّ السَّاجَةِ[14] ، فإن كان حُصُولُه فى الدَّارِ بغير

---

(١١) سقط من : م .

(١٢) فى م زيادة : « لا » .

(١٣) فى ب ، م : « أكله » .

وأخرجه النسائى ، فى : باب إباحة صيد العصافير ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧ / ١٨٣ . وذكره الحافظ ابن حجر فى التلخيص ، وعزاه إلى أبى داود فى المراسيل . تلخيص الحبير ٣ / ٥٥ .

(١٤) الساج : نوع من الخشب .

تَفْرِيطٍ من صَاحِبِ الدّارِ ، (١٥نَقضَ البابَ ، وضَمَانُه على صَاحِبِ الفَصِيلِ ؛ لأنَّـه لِتخْلِيصِ مالِه من غيرِ تَفْرِيطٍ من صاحِبِ الدّارِ ١٥) . وأمَّا الخَشَبَةُ فإنْ كان كَسْرُها أَكْثَرَ ضَرَرًا مِن نَقْضِ البابِ ، فهى كالفَصِيلِ ، وإن كان أقَلَّ ، كُسِرَتْ . ويَحْتَمِـلُ فى الفَصِيلِ مثلَ هذا ، فإنَّه متى كان ذَبْحُه أقَلَّ ضَرَرًا ، ذُبِحَ وأُخْرِجَ لَحْمُهُ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الخَشَبَةِ ، وإن كان حُصُولُه فى الدّارِ بعُدْوَانٍ من صَاحِبِه ، كرَجُلٍ غَصَبَ دَارًا فأدْخلَها فَصِيلًا ، أو خَشَبَةً ، أو تَعَدَّى على إنْسانٍ ، فأَدْخَلَ دَارَه فَرَسًا ونحوَهـا ، كُسِرَتِ الخَشَبةُ ، وذُبِحَ الحَيَوانُ ، وإن زادَ ضَرَرُه على نَقْضِ البِنَاءِ ؛ لأنَّ سَبَبَ هذا الضَّرَرِ عُدْوَانُه ، فيُجْعَلُ عليه دُونَ غيرِه . ولو بَاعَ دارًا فيها خَوَابِى(١٦) لا تَخْـرُجُ إلَّا بنَـقْضِ البابِ ، أو خَزَائِنُ أو حَيَوانٌ ، وكان نَقْضُ الباب أقَلَّ ضَرَرًا من بَقَاءِ ذلك فى الدَّارِ ، أو تَفْصِيلِه ، أو ذَبْحِ الحَيَوانِ ، نُقِضَ ، وكان إصْلَاحُه على البائِع ؛ لأنَّه لِتَخْلِيصِ مالِه ، وإن كان أَكْثَرَ ضَرَرًا ، لم يُنْقَضْ ؛ لأنَّه لا فائِدَةَ فيه ، ويَصْطَلِحَانِ على ذلك ، إمَّا بأن يَشْتَرِيَهُ مُشْتَرِى الدَّارِ ، أو غيرِ ذلك .

٥/٢٠و **فصل** : وإن غَصَبَ جَوْهَرَةً ، / فَابْتَلَعَتْها بَهِيمَةٌ ، فقال أصْحَابُنا : حُكْمُها حُكْمُ الخَيْطِ الذى خَاطَ به جُرْحَها . ويَحْتَمِلُ أنَّ الجَوْهَرَةَ متى كانت أَكْثَـرَ من قِيمَـةِ الحَيَوانِ ، ذُبِحَ الحَيَوانُ ، ورُدَّتْ إلى مَالِكِها ، وضَمَانُ الحَيَوانِ على الغاصِبِ ، إلَّا أن يكونَ الحَيَوانُ آدَمِيًّا . وفارَقَ(١٧) الخَيْطَ ؛ لأنَّه فى الغالِبِ أقَلُّ قِيمَـةً من الحَيَـوانِ ، والجَوْهَرَةُ أكْثَرُ قِيمَةً ، ففى ذَبْحِ الحَيَوانِ رِعَايَةُ حَقِّ المالِكِ برَدِّ عَيْنِ مالِه إليه ، ورِعَايَةُ حَقِّ الغاصِبِ بتَقْلِيلِ الضَّمَانِ عليه . وإن ابْتَلَعَتْ شاةُ رَجُلٍ جَوْهَرَةَ آخَرَ غيرَ مَغْصُوبَةٍ ، ولم يُمْكِنْ إخْرَاجُها إلَّا بذَبْحِ الشَّاةِ ، ذُبِحَتْ إذا كان ضَرَرُ ذَبْحِها أقَلَّ ، وكان ضَمَانُ نَقْصِها على صاحِبِ الجَوْهَرَةِ ؛ لأنَّه لِتَخْلِيصِ مالِه ، إلَّا أن يكونَ التَّفْرِيطُ من صاحِبِ

(١٥ – ١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) الخابية : وعاء الماء الذى يحفظ فيه .

(١٧) فى الأصل : « ويفارق » .

الشّاةِ ، بكَوْنِ يَدِه عليها ، فلا شَىْءَ (١٨ على صاحبِ ١٨) الجَوْهَرَةِ ؛ لأنَّ التَّفْرِيطَ من صاحِبِ الشّاةِ ، فالضَّرَرُ عليه . وإن أَدْخَلَتْ رَأْسَها فى قُمْقُمٍ ، فلم يُمْكِنْ إخراجُه[١٩] إلّا بِذَبْحِها ، وكان الضَّرَرُ فى ذَبْحِها أَقَلَّ ، ذُبِحَتْ . وإن كان الضَّرَرُ فى كَسْرِ القُمْقُمِ أَقَلَّ ، كُسِرَ القُمْقُمُ ، وإن كان التَّفْرِيطُ من صاحِبِ الشّاةِ ، فالضَّمانُ عليه ، وإن كان التَّفْرِيطُ من صاحِبِ القُمْقُمِ ، بأن وَضَعَهُ فى الطَّرِيقِ ، فالضَّمانُ عليه ، وإن لم يكُنْ منهما[٢٠] تَفْرِيطٌ ، فالضَّمانُ على صاحِبِ الشّاةِ إن كُسِرَ القُمْقُمُ ؛ لأنَّه كُسِرَ لِتَخْلِيصِ شَاتِه ، وإن ذُبِحَتِ الشّاةُ ، فالضَّمانُ على صاحِبِ القُمْقُمِ ؛ لأنَّه لِتَخْلِيصِ قُمْقُمِه ، فإن قال مَن عليه الضَّمانُ منهما : أنا أُتْلِفُ مَالِى ، ولا أُغْرَمُ شيئًا للآخَرِ . فلَه ذلك ؛ لأنَّ إتْلَافَ مالِ الآخَرِ إنَّما كان لِحَقِّهِ ، وسَلَامَةِ مَالِه وتَخْلِيصِه ، فإذا رَضِىَ بتَلَفِه ، لم يَجُزْ إتْلَافُ غيرِه . وإن قال : لا أُتْلِفُ مَالِى ، ولا أُغْرَمُ شيئا ، لم نُمَكِّنْه مِن إتْلَافِ مالِ صَاحِبِه ، لكنَّ صَاحِبَ القُمْقُمِ لا يُجْبَرُ على شىءٍ ؛ لأنَّ القُمْقُمَ لا حُرْمَةَ له ، فلا يُجْبَرُ صَاحِبُه على تَخْلِيصِه ، وأمَّا صاحِبُ الشّاةِ فلا يَحِلُّ له تَرْكُها ؛ لما فيه من تَعْذِيبِ الحَيَوانِ ، فيُقال له : إمَّا أن تَذْبَحَ الشّاةَ لِتُرِيحَها من العَذَابِ ، وإمَّا أن تَغْرَمَ القُمْقُمَ لِصَاحِبِه ، إذا كان كَسْرُه أَقَلَّ ضَرَرًا ، ويُخَلِّصُها ؛ لأنَّ ذلك من ضَرُورَةِ إبْقَائِها أو تَخْلِيصِها من العَذَابِ ، فلَزِمَهُ ، كعَلَفِها . وإن كان الحَيَوانُ غيرَ مَأْكُولٍ ، احْتَمَلَ أن يكونَ حُكْمُه حُكْمَ المَأْكُولِ فيما ذَكَرْنا . واحْتَمَلَ أن يُكْسَرَ القُمْقُم . وهو قولُ أَصْحابِنَا ؛ لأنَّه لا نَفْعَ فى ذَبْحِه ، ولا هو مَشْرُوعٌ ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن ذَبْحِ الحَيَوانِ لغيرِ مَأْكَلَةٍ[٢١] . ويَحْتَمِلُ أن يَجْرِىَ مَجْرَى المَأْكُولِ فى أنَّه متى كان قَتْلُه أَقَلَّ ضَرَرًا ، وكانت الجِنَايَةُ من صَاحِبِه ، قُتِلَ ؛ / لأنَّ حُرْمَتَهُ مُعَارِضَةٌ لِحُرْمَةِ الآدَمِىِّ الذى يُتْلِفُ ٢٠/٥ ظ

(١٨ – ١٨) فى ب ، م : « لصاحب » .

(١٩) فى ب ، م : « إخراجها » .

(٢٠) فى الأصل : « منه » .

(٢١) فى م : « أكله » .

مَالَه ، والنَّهْىُ عن ذَبْحِه مُعَارِضٌ بالنَّهْىِ عن إضَاعَةِ المالِ ، وفى كَسْرِ القُمْقُمِ مع كَثْرَةِ قِيمَتِه إضَاعَةٌ لِلْمَالِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : وإن غَصَبَ دِينَارًا ، فوَقَعَ فى مِحْبَرَتِه ، أو أخَذَ دِينَارَ غيرِه ، فَسَهَا فوَقَعَ فى مِحْبَرَتِه ، كُسِرَتْ ، ورَدَّ الدِّينَارَ ، كما يُنْقَضُ البِنَاءُ لِرَدِّ السَّاجَةِ ، وكذلك إن كان دِرْهَمًا أو أقَلَّ منه ، وإن وَقَعَ من غيرِ فِعْلِه ، كُسِرَتْ لِرَدِّ الدِّينَارِ إنْ أَحَبَّ صَاحِبُه ، والضَّمَانُ عليه ؛ لأنَّه لِتَخْلِيصِ مَالِه . وإن غَصَبَ دِينَارًا ، فوَقَعَ فى مِحْبَرَةِ آخَرَ بِفِعْلِ الغاصِبِ أو بغيرِ[22] فِعْلِه ، كُسِرَتْ لِرَدِّه ، وعلى الغاصِبِ ضَمَانُ المِحْبَرَةِ ؛ لأنَّه السَّبَبُ فى كَسْرِهَا . وإن كان كَسْرُهَا أَكْثَرَ ضَرَرًا من تَبْقِيَةِ الواقِعِ فيها ، ضَمِنَهُ الغاصِبُ ، ولم تُكْسَرْ . وإن رَمَى إنْسَانٌ دِينَارَهُ فى مِحْبَرَةِ غيرِه[23] عُدْوَانًا[24] ، فأَبَى صَاحِبُ المِحْبَرَةِ كَسْرَها ، لم يُجْبَرْ عليه ؛ لأنَّ صَاحِبَهُ تَعَدَّى بِرَمْيِه فيها ، فلم يُجْبَرْ صَاحِبُها على إتْلَافِ مالِه لإِزَالَةِ ضَرَرِ عُدْوَانِه عن نَفْسِه ، وعلى الغاصِبِ نَقْصُ المِحْبَرَةِ بِوُقُوعِ الدِّينَارِ فيها ، ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ على كَسْرِهَا لِرَدِّ عَيْنِ مالِ الغاصِبِ ، ويَضْمَنَ الغاصِبُ قِيمَتَها ، كما لو غَرَسَ فى أرْضِ غيرِه ، مَلَكَ حَفْرَ الأرْضِ بغيرِ إذْنِ المالِكِ لأَخْذِ غَرْسِه ، ويَضْمَنُ نَقْصَها بالحَفْرِ . وعلى كلا الوَجْهَيْنِ ، لو كَسَرَها الغاصِبُ قَهْرًا ، لم يَلْزَمْهُ أكْثَرُ من قِيمَتِها .

فصل : وإن غَصَبَ لَوْحًا ، فرَقَعَ به سَفِينَةً ، فإن كانت على السَّاحِلِ ، لَزِمَ قَلْعُه ورَدُّه ، وإن كانت فى لُجَّةِ البَحْرِ ، واللَّوْحُ فى أَعْلاهَا ، بحيثُ لا تَغْرَقُ بِقَلْعِه ، لَزِمَ قَلْعُه ، وإن خِيفَ غَرَقُها بقَلْعِه ، لم يُقْلَعْ حتى تَخْرُجَ إلى السَّاحِلِ ، ولِصَاحِبِ اللَّوْحِ طَلَبُ قِيمَتِه ، فإذا أمكن رَدُّ اللَّوْحِ ، اسْتَرْجَعَه ورَدَّ القِيمَةَ ، كما لو غَصَبَ عَبْدًا فأَبَقَ . وقال أبو الخَطَّابِ : إن كان فيها حَيَوانٌ له حُرْمَةٌ ، أو مالٌ لغيرِ الغاصِبِ ، لم يُقْلَعْ ، كالخَيْطِ . وإن كان فيها مالٌ للغاصِبِ ، أو لا مَالَ فيها ، ففيها وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، لا يُقْلَعُ .

---

(٢٢) فى ب ، م : « غير » .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) فى ب زيادة : « وظلما » .

والثانى : يُقلَعُ فى الحالِ ؛ لأنَّه أمْكَنَ رَدُّ المَغْصُوبِ ، فلَزِمَ وإن أَدَّى إلى تَلَفِ المالِ ، كرَدِّ السّاجَةِ المَبْنِيِّ عليها . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كهٰذَيْنِ . ولَنا ، أنَّه أمْكَنَ رَدُّ المَغْصُوبِ من غيرِ إتْلافٍ ، فلم يَجُزِ الإتْلافُ ، كما لو كان فيها مالُ غيرِه . وفارَقَ السّاجَةَ فى البِنَاءِ ، فإنَّه لا يُمْكِنُ رَدُّهَا من غيرِ إتْلافٍ .

٢١/٥و **فصل** : وإذا غَصَبَ شيئا ، فخَلَطَه بما يُمْكِنُ تَمْيِيزُه / منه ، كحِنْطَةٍ بشَعِيرٍ أو سِمْسِمٍ ، أو صِغارِ الحَبِّ بكِبَارِه ، أو زَبِيبٍ أَسْوَدَ بأَحْمَرَ ، لَزِمَهُ تَمْيِيزُه ، وَرَدُّه ، وأُجْرُ المُمَيِّزِ عليه ، وإن لم يُمْكِنْ تَمْيِيزُ جَمِيعِه ، وَجَبَ تَمْيِيزُه ما أَمْكَنَ ، وإن لم يُمْكِنْ تَمْيِيزُه ، فهو على خَمْسَةِ أَضْرُبٍ ؛ أحَدُها ، أن يَخْلِطَهُ بمِثْلِه من جِنْسِه ، كزَيْتٍ بزَيْتٍ ، أو حِنْطَةٍ بمِثْلِها ، أو دَقِيقٍ بمِثْلِه ، أو دَنَانِيرَ أو دَرَاهِمَ بمِثْلِها ، فقال ابنُ حامِدٍ : يَلْزَمُه مثلُ المَغْصُوبِ منه . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه نصَّ على أنَّه يكونُ شَرِيكًا به إذا خَلَطَهُ بغيرِ الجِنْسِ ، فيكونُ تَنْبِيهًا على ما إذا خَلَطَهُ بِجِنْسِه . وهذا قولُ بعضِ أصْحابِ الشّافِعِيِّ ، إلَّا فى الدَّقِيقِ ، فإنَّه تَجِبُ قِيمَتُه ؛ لأنَّه عِنْدَهم ليس بمِثْلِيٍّ . وقال القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ أنَّه يَلْزَمُه مِثْلُه ، إن شاءَ منه ، وإن شاءَ من غيرِه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عليه[٢٥] رَدُّ عَيْنِ مالِه بالخَلْطِ ، فأَشْبَهَ ما لو تَلِفَ ؛ لأنَّه لا يَتَمَيَّزُ له شىءٌ من مَالِه . ولَنا ، أنَّه قَدَرَ على دَفْعِ بعضِ مَالِه إليه ، مع رَدِّ المِثْلِ فى الباقِى ، فلم يَنْتَقِلْ إلى المِثْلِ فى الجَمِيعِ ، كما لو غَصَبَ صَاعًا ، فتَلِفَ نِصْفُه ، وذلك لأنَّه إذا دَفَعَ إليه منه ، فقد دَفَعَ إليه بعضَ مالِه وبَدَلَ الباقِى ، فكان أَوْلَى من دَفْعِه من غيرِه . الضَّرْبُ الثانى والثالث والرابع ، أن يَخْلِطَه بخَيْرٍ منه ، أو دُونَه ، أو بغيرِ جِنْسِه ، فظَاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّهما شَرِيكَانِ ، يُبَاعُ الجَمِيعُ ، ويُدْفَعُ إلى كلِّ واحِدٍ منهما قَدْرُ حَقِّه ؛ لأنَّه قال فى رِوَايَةِ أبى الحارِثِ ، فى رَجُلٍ له رَطْلُ زَيْتٍ ، وآخَرَ له رَطْلُ شَيْرَجٍ اخْتَلَطَا : يُبَاعُ الدُّهْنُ كلُّه ، ويُعْطَى كلُّ واحِدٍ منهما قَدْرَ حِصَّتِه ؛ وذلك لأنَّنا إذا فَعَلْنا ذلك ، أَوْصَلْنَا إلى كلِّ واحِدٍ منهما[٢٦] عَيْنَ مالِه ، وإذا

---

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ب .

أمْكَنَ الرُّجُوعُ إلى عَيْنِ المالِ ، لم يُرْجَعْ إلى البَدَلِ . وإن نَقصَ المَغْصُوبُ عن قِيمَتِه مُنْفَرِدًا ، فعلى الغاصِبِ ضَمانُ النَّقْصِ ؛ لأنَّه حَصَلَ بِفِعْلِه . وقال القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ أنَّه يَلْزَمُ الغاصِبَ مِثْلُه ؛ لأنَّه صارَ بالخَلْطِ مُسْتَهْلَكًا ، وكذلك لو اشْتَرَى زَيْتًا فخَلَطَه بزَيْتِه ، ثم أفْلَسَ ، صارَ البائِعُ كبَعْضِ[27] الغُرَماءِ ، ولأنَّه تَعذَّرَ عليه الوُصُولُ إلى عَيْنِ مالِه ، فكان له بَدَلُه ، كما لو كان تالِفًا . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ كلامُ أحمدَ على ما إذا اخْتَلَطَا من غير غَصْبٍ ، فأمَّا المَغْصُوبُ ، فقد وُجِدَ من الغاصِبِ ما مَنَعَ المالِكَ من أخْذِ حَقِّه من المِثْلِيَّاتِ مُمَيَّزًا ، فلَزِمَهُ مِثْلُه ، كما لو أتْلَفَه ، إلَّا بأنْ / خَلَطَهُ بخَيْرٍ منه ، وبَذَلَ لِصَاحِبِه مثلَ حَقِّه منه ، لَزِمَهُ قَبُولُه ؛ لأنَّه أوْصَلَ إليه بعضَ حَقِّه بعَيْنِه ، وتَبَرَّعَ بالزِّيادَةِ فى مِثْلِ الباقِى . وإن خَلَطَهُ بأدْوَنَ منه ، فرَضِىَ المالِكُ بأخْذِ قَدْرِ حَقِّه منه ، لَزِمَ الغاصِبَ بَذْلُه ؛ لأنَّه أمْكَنَه رَدُّ بعضِ المَغْصُوبِ ورَدُّ مثل الباقِى من غيرِ ضَرَرٍ . وقيل : لا يَلْزَمُ الغاصِبَ ذلك ؛ لأنَّ حَقَّهُ انْتَقَلَ إلى الذِّمَّةِ ، فلم يُجْبَرْ على غير[28] مالٍ ، وإن بَذَلَه لِلْمَغْصُوبِ منه فأبَاهُ ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِه ؛ لأنَّه دُونَ حَقِّه . وإن تَرَاضَيا بذلك ، جَازَ ، وكان المالِكُ مُتَبَرِّعًا بتَرْكِ بعضِ حَقِّه . وإن اتَّفَقَا[29] على أن يَأْخُذَ أكْثَرَ من حَقِّه من الرَّدِىءِ ، أو دون حَقِّه من الجَيِّدِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه رِبًا ؛ لأنَّه[30] يأْخُذُ الزَّائِدَ فى القَدْرِ عِوَضًا عن الجَوْدَةِ . وإن كان بالعَكْسِ ، فرَضِىَ بأخْذِ[31] دُونَ حَقِّه من الرَّدِىءِ ، أو سَمَحَ الغاصِبُ فدَفَعَ أكْثَرَ من حَقِّه من الجَيِّدِ ، جازَ[32] ؛ لأنَّه لا مُقَابِلَ للزِّيادَةِ ، وإنَّما هى تَبَرُّعٌ مُجَرَّدٌ . وإن خَلَطَه بغيرِ جِنْسِه ، فتَرَاضَيَا على أن يَأْخُذَ أكْثَرَ من قَدْرِ حَقِّه أو أقَلَّ ، جَازَ ؛ لأنَّه بَدَلُهُ من غيرِ جِنْسِه ، فلا تَحْرُمُ الزِّيادَةُ بينهما . الضَّرْبُ الخامس ، أن يَخْلِطَه بما لا قِيمَةَ له ، كزَيْتٍ خَلَطَهُ بِمَاءٍ ، أو لَبَنٍ شَابَهُ بماءٍ ، فإن أمْكَنَ تَخْلِيصُه ٥/٢١ظ

---

(٢٧) فى م : « كأسوة » .

(٢٨) فى الأصل : « عين » .

(٢٩) فى م : « اتفق » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) فى م : « جام » .

خَلَّصَهُ وردَّ نَقصَه ، وإنْ لم يُمْكِنْ تَخْلِيصُه ، أو كان ذلك يُفسِدُه ، رَجعَ عليه بمِثْلِه ؛ لأنَّه صارَ كالهالِكِ ، وإن لم يُفسِدْه . رَدَّهُ وردَّ نَقْصَه . وإن احْتِيجَ فى تَخْلِيصِه إلى غَرَامَةٍ ، لَزِمَ الغاصِبَ ذلك ؛ لأنَّه بِسَبَبِه . ولأَصْحابِ الشَّافِعِىّ فى هذا الفَصْلِ نحوُ ما ذَكَرْنا .

فصل : وإن غَصَبَ ثَوْبًا فصَبَغَهُ ، لم يَخْلُ من ثلاثةِ أقْسامٍ : أَحَدُها ، أن يَصْبُغَهُ بِصِبْغٍ له . والثانى ، أن يَصْبُغَهُ بِصِبْغٍ لِلْمَغْصُوبِ منه . الثالث ، أن يَصْبُغَهُ بِصِبْغٍ لِغَيْرِهما .

والأَوَّلُ لا يَخْلُو من ثلاثةِ أحْوالٍ ؛ أحَدُها ، أن يكونَ الثَّوْبُ والصِّبْغُ بحَالِهِما ، لم تَزِدْ قِيمَتُهما ولم تَنْقُصْ ، مثل إن كانت قِيمَةُ كلِّ واحِدٍ منهما خَمْسَةً ، فصَارَتْ قِيمَتُهُما بعدَ الصِّبْغِ عَشَرَةً ، فهما شَرِيكانِ ؛ لأنَّ الصِّبْغَ عَيْنُ مالٍ له قِيمَةٌ ، فإن تَرَاضَيَا بتَرْكِه لهما ، جَازَ ، وإن باعَاهُ ، فثَمَنُه بينهما نِصْفَيْنِ . الحالُ الثانى ، إذا زَادَتْ قِيمَتُهُما ، فصَارَا يُساوِيَانِ عِشْرِينَ ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان ذلك لزِيَادَةِ الثِّيابِ فى السُّوقِ ، كانت الزِّيَادَةُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ ، وإن كانت لِزِيَادَةِ الصِّبْغِ فى السُّوقِ ، فالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِه ، وإن
٢٢/٥و كانت لِزِيَادَتِهِمَا / معا ، فهى بينهما على حَسَبِ زِيَادَةِ كلِّ واحِدٍ منهما ، فإن تَسَاوَيَا فى الزِّيَادَةِ فى السُّوقِ ، تَساوَى صَاحِبَاهُما فيهما ، وإن زَادَ أحدُهُما ثمانِيَةً والآخَرُ اثْنَيْنِ ، فهى بينهما كذلك ، وإن زَادَ بالعَمَلِ ، فالزِّيَادَةُ بينهما ؛ لأنَّ عَمَلَ الغاصِبِ زَادَ به فى الثَّوْبِ والصِّبْغِ ، وما عَمِلَهُ فى المَغْصُوبِ لِلْمَغْصُوبِ منه إذا كان أثَرًا ، وزِيَادَةُ مالِ الغاصِبِ له . وإن نَقَصَتِ القِيمَةُ لِتَغَيُّرِ الأَسْعارِ ، لم يَضْمَنْهُ الغاصِبُ ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن نَقَصَ لأَجْلِ العَمَلِ ، فهو على الغاصِبِ ؛ لأنَّه بتَعَدِّيه ، فإذا صَارَ قِيمَةُ الثَّوْبِ مَصْبُوغًا خَمْسَةً ، فهو كلُّه لِمالِكِه ، ولا شىءَ للغاصِبِ ؛ لأنَّ النَّقْصَ حَصَلَ بعُدْوانِه ، فكان عليه ، وإن صَارَتْ قِيمَتُه سَبْعَةً ، صارَ الثَّوْبُ بينهما ، لِصَاحِبه خَمْسَةُ أسْباعِه ، ولِصَاحِبِ الصِّبْغِ[33] سُبْعَاهُ . وإن زَادَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ فى السُّوقِ ، فصَارَ يُساوِى

---

(٣٣) فى الأصل : « الثوب » خطأ .

سَبْعَةً ، ونَقصَ الصِّبْغُ ، فصَارَ يُساوِى ثَلاثَةً ، وكانت قِيمَةُ الثَّوْبِ مَصْبُوغًا عَشَرَةً ، فهو بينهما ، لِصَاحِبِ الثَّوْبِ سَبْعَةٌ ، ولِصَاحِبِ الصِّبْغِ ثَلاثَةٌ . وإن سَاوَى اثْنَى عَشَرَ ، قُسِمَتْ بينهما ، لِصَاحِبِ الثَّوْبِ نِصْفُها وخُمْسُها ، ولِلْغَاصِبِ خُمْسُها وعُشْرُها ، وإن انْعَكَسَ الحالُ ، فصَارَ الثَّوْبُ يُسَاوِى فى السُّوقِ ثلاثةً ، والصِّبْغُ سَبْعَةً ، انْعَكَسَتِ القِسْمَةُ(٣٤) ، فصار(٣٥) لِصَاحِبِ الصِّبْغِ هـٰهُنا ما كان لِصَاحِبِ الثَّوْبِ فى التى قَبْلَها ولِصَاحِبِ الثَّوْبِ مِثلُ(٣٦) ما كان لِصَاحِبِ الصِّبْغِ ؛ لأنَّ زِيادَةَ السِّعْرِ لا تُضْمَنُ ، فإن أرَادَ الغاصِبُ قَلْعَ الصِّبْغِ ، فقال أصْحَابُنَا : له ذلك ، سواءٌ أضَرَّ بالثَّوْبِ أو لم يَضُرَّ به(٣٦) ، ويَضْمَنُ نَقْصَ الثَّوْبِ إن نَقَصَ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ؛ لأنَّه عَيْنُ مَالِه ، فمَلَكَ أخْذَه ، كما لو غَرَسَ فى أرْضِ غيرِه . ولم يُفرِّقْ أصْحَابُنا بين ما يَهْلَكُ صِبْغُهُ بالقَلْعِ ، وبين مالا يَهْلَكُ . ويَنْبَغِى أن يُقَالَ : ما يَهْلَكُ بالقَلْعِ لا يَمْلِكُ قَلْعَه ؛ لأنَّه سَفَهٌ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه لا يُمَكَّنُ من قَلْعِه إذا تَضَرَّرَ الثَّوْبُ بقَلْعِه ؛ لأنَّه قال فى المُشْتَرِى إذا بَنَى أو غَرَسَ فى الأرْضِ المَشْفُوعَةِ : فله أخْذُه ، إذا لم يكُنْ فى أخْذِه ضَرَرٌ . وقال أبو حنيفةَ : ليس له أخْذُه ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا بالثَّوْبِ المَغْصُوبِ ، فلم يُمَكَّنْ منه ، كقَطْعِ خِرْقَةٍ منه ، وفارَقَ قَلْعَ الغَرْسِ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ قَلِيلٌ يَحْصُلُ به نَفْعُ قَلْعِ العُرُوقِ من الأرْضِ . وإن اخْتَارَ المَغْصُوبُ منه قَلْعَ الصِّبْغِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُ إجْبَارَ / الغاصِبِ عليه ، كما يَمْلِكُ إجْبارَهُ على قَلْعِ شَجَرةٍ من أرْضِه ، وذلك لأنَّه شَغَلَ مِلْكَه بمِلْكِه على وَجْهٍ أمْكَنَ تَخْلِيصُه ، فلَزِمَهُ تَخْلِيصُه ، وإن اسْتَضَرَّ الغاصِبُ ، كقَلْعِ الشَّجَرِ ، وعلى الغاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِ الثَّوْبِ ، وأجْرُ القَلْعِ ، كما يَضْمَنُ ذلك فى الأرْضِ . والثانى ، لا يَمْلِكُ إجْبارَهُ عليه ، ولا يُمَكَّنُ من قَلْعِه ؛ لأنَّ الصِّبْغَ يَهْلَكُ بالاسْتِخْراجِ ، وقد أمْكَنَ ٥/٢٢ظ

(٣٤) فى ب ، م : « القيمة » .

(٣٥) فى الأصل : « فصارت » .

(٣٦) سقط من : م .

وُصُولُ الحَقِّ إلى مُسْتَحِقِّه بدُونِه بالبَيْعِ ، فلم يُجْبَرْ على قَلْعِه ، كقَلْعِ الزَّرْعِ من الأَرْضِ ، وفارَقَ الشَّجَرَ ، فإنَّه لا يَتْلَفُ بالقَلْعِ . قال القاضى : هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، ولَعَلَّه أخَذَ ذلك من قولِ أحمدَ فى الزَّرْعِ ، وهذا[٣٧] مُخَالِفٌ لِلزَّرْعِ ؛ لأنَّ له غايَةً يَنْتَهِى إليها ، ولِصَاحِبِ الأَرْضِ أَخْذُه بنَفَقَتِه ، فلا يَمْتَنِعُ عليه اسْتِرْجَاعُ أَرْضِه فى الحالِ ، بخِلَافِ الصِّبْغِ ، فإنَّه لا نِهَايَةَ له إلَّا تَلَفُ الثَّوْبِ ، فهو أشْبَهُ بالشَّجَرِ فى الأَرْضِ . ولا يَخْتَصُّ وُجُوبُ القَلْعِ فى الشَّجَرِ بما لا يَتْلَفُ ، فإنَّه يُجْبَرُ على قَلْعِ ما يَتْلَفُ وما لا يَتْلَفُ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهَانِ كهٰذَيْنِ . وإن بَذَلَ رَبُّ الثَّوْبِ قِيمَةَ الصِّبْغِ للغاصِبِ لِيَمْلِكَه ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِه ؛ لأنَّه إجْبَارٌ على بَيْعِ مالِه ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كما لو بَذَلَ له قِيمَةَ الغِرَاسِ . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ على ذلك إذا لم يَقْلَعْهُ ، قِيَاسًا على الشَّجَرِ ، والبِنَاءِ فى الأَرْضِ المَشْفُوعَةِ ، والعَارِيَّةِ ، وفى الأَرْضِ المَغْصُوبَةِ إذا لم يَقْلَعْهُ الغاصِبُ ، ولأنَّه أَمْرٌ يَرْتَفِعُ به النِّزَاعُ ، ويَتَخَلَّصُ به أحَدُهُما من صَاحِبِه من غيرِ ضَرَرٍ ، فأُجْبِرَ عليه ، كما ذَكَرْنا . وإن بَذَلَ الغاصِبُ قِيمَةَ الثَّوْبِ لِصَاحِبِه لِيَمْلِكَهُ ، لم يُجْبَرْ على ذلك ، كما لو بَذَلَ صاحِبُ الغِرَاسِ قِيمةَ الأَرْضِ لِمَالِكِها فى هذه المَوَاضِعِ . وإن وَهَبَ الغاصِبُ الصِّبْغَ لِمَالِكِ الثَّوْبِ ، فهل يَلْزَمُه قَبُولُه ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، يَلْزَمُه ؛ لأنَّ الصِّبْغَ صارَ من صِفَاتِ العَيْنِ ، فهو كزِيَادَةِ الصِّفَةِ[٣٨] فى المُسْلَمِ فيه . الثانى ، لا يُجْبَرُ ؛ لأنَّ الصِّبْغَ عَيْنٌ يُمْكِنُ إفْرَادُها ، فلم يُجْبَرْ على قَبُولِها . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يُجْبَرُ ؛ لأنَّه قال فى الصَّدَاقِ : إذا كان ثَوْبًا فصَبَغَه[٣٩] ، فبَذَلَتْ له نِصْفَهُ مَصْبُوغًا ، لَزِمَهُ قَبُولُه . وإن أرادَ المالِكُ بَيْعَ الثَّوْبِ ، وأبَى الغاصِبُ ، فله بَيْعُه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فلا يَمْلِكُ الغاصِبُ مَنْعَه من بَيْعِ مِلْكِه بِعُدْوَانِه . وإن أرادَ الغاصِبُ بَيْعَه ، لم يُجْبَر المالِكُ على بَيْعِه ؛ لأنَّه

---

(٣٧) فى ب : « وهو » .

(٣٨) فى الأصل : « الصبغة » .

(٣٩) فى ا ، ب : « فغصبه » .

مُتَعَدٍّ ، فلم يَسْتَحِقَّ إزالَةَ مِلْكِ صاحِبِ الثَّوْبِ عنه بِعُدْوانِه . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ لِيَصِلَ الغاصِبُ إلى ثَمَنِ صِبْغِه .

القسم الثانى ، أن يَغْصِبَ ثَوْبًا وصِبْغًا من واحِدٍ ، فَيَصْبُغَه به ، فإن لم تَزِدْ قِيمَتُهُما ولم تَنْقُصْ ، رَدَّهُمَا / ولا شىءَ عليه . وإن زَادَتِ القِيمَةُ فهى لِلْمالِكِ ، ولا شىءَ للغاصِبِ ؛ ٥/٢٣و
لأنَّه[٤٠] إنَّما له فى الصِّبْغِ أثَرٌ لا عَيْنٌ . وإن نَقَصَتْ بالصِّبْغِ ، فعلى الغاصِبِ ضَمَانُ النَّقْصِ ؛ لأنَّه بِتَعَدِّيه . وإن نَقَصَ لِتَغَيُّرِ الأسْعارِ لم يَضْمَنْهُ .

القسم الثالث ، أن يغْصِبَ ثَوْبَ رَجُلٍ وصِبْغَ آخَرَ ، فيَصْبُغَه به ، فإن كانت القِيمَتَانِ بحَالِهِما ، فهما شَرِيكانِ بِقَدْرِ مَالِهِما ، وإن زَادَتْ ، فالزِّيَادَةُ لهما ، وإن نَقَصَتْ بالصِّبْغِ ، فالضَّمَانُ على الغاصِبِ ، ويكون النَّقْصُ من صاحِبِ الصِّبْغِ ؛ لأنَّه تَبَدَّدَ فى الثَّوْبِ ، ويَرْجِعُ به على الغاصِبِ ، وإن نَقَصَ لِنَقْصِ سِعْرِ الثِّيابِ ، أو سِعْرِ الصِّبْغِ ، أو لِنَقْصِ سِعْرِهِما ، لم يَضْمَنْهُ الغاصِبُ ، وكان نَقْصُ مالِ كلِّ واحِدٍ منهما من صَاحِبِه . وإن أرادَ صاحِبُ الصِّبْغِ قَلْعَهُ ، أو أرادَ ذلك صاحِبُ الثَّوْبِ ، فحُكْمُهما حُكْمُ مالو صَبَغَهُ الغاصِبُ بِصِبْغٍ من عندِه ، على ما مَرَّ بَيانُه . وإن غَصَبَ عَسَلًا ونَشاءً ، وعَقَدَهُ حَلْوَاءَ ، فحُكْمُهُ حُكْمُ مالو غَصَبَ ثَوْبًا فصَبَغَهُ ، على ما ذُكِرَ فيه . الحكم الثانى ، أنَّه متى كان لِلْمَغْصُوبِ أَجْرٌ ، فعلى الغاصِبِ أَجْرُ مِثْلِه مُدَّةَ مُقامِه فى يَدَيْهِ ، سواءٌ اسْتَوْفَى المَنافِعَ أو تَرَكَها تَذْهَبُ . هذا هو المَعْرُوفُ فى المذهبِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايَةِ الأَثْرَمِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَضْمَنُ المَنافِعَ . وهو الذى نَصَرَهُ أصْحَابُ مالِكٍ . وقد رَوَى محمدُ بن الحَكَمِ ، عن أحمدَ ، فى مَن غَصَبَ دارًا فسَكَنَها عِشْرِينَ سَنَةً : لا أَجْتَرِئُ أن أقولَ عليه سُكْنَى ما سَكَنَ . وهذا يَدُلُّ على تَوَقُّفِه عن إيجَابِ الأَجْرِ ، إلَّا أن أبا بكرٍ قال : هذا قولٌ قَدِيمٌ ؛ لأنَّ محمدَ بن الحَكَمِ ماتَ قبلَ أبى عبدِ الله بِعِشْرِينَ سَنَةً . واحْتَجَّ مَن لم يُوجِبِ الأَجْرَ ، بقولِ النبىِّ ﷺ :

---

(٤٠) فى ب ، م : « ولأنه » .

« الخَرَاجُ بالضَّمَانِ »[41] . وضَمَانُها على الغاصِبِ ، ولأنّه اسْتَوْفَى مَنْفَعَةً بغير عَقْدٍ ولا شُبْهَةِ مِلْكٍ ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو زَنَى بامْرَأَةٍ مُطَاوِعَةٍ . ولَنا ، أنَّ كلَّ ما ضَمِنَهُ بالإتْلافِ[42] فى العَقْدِ الفاسِدِ ، جازَ أن يَضْمَنَهُ بمُجَرَّدِ الإتْلافِ ، كالأَعْيانِ ، ولأنَّه أَتْلَفَ مُتقَوَّمًا ، فوَجَبَ ضَمَانُه ، كالأَعْيانِ . أو نَقُولُ : مَالٌ مُتَقَوَّمٌ مَغْصُوبٌ ، فوَجَبَ ضَمَانُه ، كالعَيْنِ . فأمَّا الخَبَرُ ، فوَارِدٌ فى البَيْعِ[43] ولا يَدْخُلُ فيه الغاصِبُ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له الانْتِفَاعُ بالمَغْصُوبِ بالإجْمَاعِ ، ولا يُشْبِه الزِّنَى ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بإتْلافِ مَنافِعِها بغيرِ عِوَضٍ ، ولا عَقْدٍ يَقْتَضِى العِوَضَ ، فكان بمَنْزِلَةِ مَن أَعَارَهُ دَارَهُ . ولو أَكْرَهَها عليه ، لَزِمَهُ مَهْرُها . والخِلَافُ فى مالَه مَنَافِعُ تُسْتَبَاحُ بعَقْدِ / الإجَارَةِ ، كالعَقَارِ والثِّيَابِ والدَّوَابِّ ونحوِها ، فأمَّا الغَنَمُ والشَّجَرُ والطَّيْرُ ونحوُها ، فلا شىءَ فيها ؛ لأنَّه لا مَنافِعَ لها يُسْتَحَقُّ بها عِوَضٌ . ولو غَصَبَ جارِيَةً ولم يَطَأْهَا ، ومَضَتْ عليها مُدَّةٌ يُمْكِنُ الوَطْءُ فيها ، لم يَضْمَنْ مَهْرَهَا ؛ لأنَّ مَنافِعَ البُضْعِ لا تَتْلَفُ إلَّا بالاسْتِيفَاءِ ، بخِلَافِ غيرِها ، ولأنَّها لا تُقَدَّرُ بزَمَنٍ ، فيكونُ مُضِىُّ الزَّمَانِ بتَلَفِها ، بخِلَافِ المَنْفَعَةِ . ٥/٢٣ ظ

فصل : إذا غَصَبَ طَعَامًا ، فأَطْعَمَهُ غيرَه ، فلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شاءَ ؛ لأنَّ الغاصِبَ حالَ بينه وبين مَالِه ، والآكِلُ أتْلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، وقَبَضَهُ عن يَدِ صاحِبه[44] بغيرِ إذْنِ مَالِكِه ، فإن كان الآكِلُ عالِمًا بالغَصْبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ؛ لِكَوْنِه أتْلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنٍ عَالِمًا من غير تَغْرِيرٍ ، فإذا ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَعَ عليه ، وإن ضَمَّنَ الآكِلَ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ . وإن لم يَعْلَم الآكِلُ بالغَصْبِ نَظَرْنَا ؛ فإن كان الغاصِبُ قال له : كُلْهُ ، فإنَّه طَعَامِى . اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ؛ لاعْتِرَافِه بأنَّ الضَّمَانَ باقٍ عليه ، وأنَّه لا يَلْزَمُ الآكِلَ شىءٌ . وإن لم يَقُلْ ذلك ، ففيه رِوَايَتَانِ ؛ إحْداهما ، يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على الآكِلِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ فى

---

(41) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢٢ .

(42) سقط من : ب .

(43) فى ب : « الأعيان » .

(44) فى م : « ضامنه » .

الجَدِيدِ ؛ لأنَّه ضَمِنَ ما أَتْلَفَ ، فلم يَرْجِعْ به على أحَدٍ . والثانية ، يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على الغاصِبِ ؛ لأنَّه غَرَّ الآكِلَ ، وأَطْعَمَهُ على أنَّه لايَضْمَنُه . وهذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لقَوْلِه فى المُشْتَرِى للأَمَةِ : يَرْجِعُ بالمَهْرِ وكلِّ ما غَرِمَ على الغاصِبِ . وأيُّهما اسْتَقَرَّ عليه الضَّمَانُ فغَرِمَهُ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، فإن غَرِمَهُ صاحِبُه ، رَجَعَ عليه . وإن أَطْعَمَ المَغْصُوبَ لِمَالِكِه ، فأكَلَه عَالِمًا أنَّه طَعَامُه ، بَرِئَ الغاصِبُ . وإن لم يَعْلَمْ ، وقال له الغاصِبُ : كُلْهُ ، فإنَّه طَعَامِى . اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ على الغاصِبِ ؛ لما ذَكَرْنا، وإن كانت له بَيِّنَةٌ بأنَّه طَعَامُ المَغْصُوبِ منه . وإن لم يَقُلْ ذلك ، بل قَدَّمَهُ إليه ، وقال : كُلْهُ ، أو قال : قد وَهَبْتُكَ إيَّاهُ . أو سَكَتَ ، فظَاهِرُ كَلَامِ أحمدَ أنَّه لا يَبْرَأُ ؛ لأنَّه قال فى رِوَايَةِ الأَثْرَمِ ، فى رَجُلٍ ، له قِبَلَ رَجُلٍ تَبِعَةٌ ، فأَوْصَلَها إليه على سَبِيلِ صَدَقَةٍ أو هَدِيَّةٍ ، فلم يَعْلَمْ ، فقال : كَيْفَ هذا؟ هذا يرَى أنَّه[٤٥] هَدِيَّةٌ . يقولُ له : هذا لك عِنْدِى . وهذا يَدُلُّ على أنَّه لا يَبْرَأُ هـٰهُنا بأَكْلِ المالِكِ طَعَامَهُ بطَرِيقِ الأَوْلَى ؛ لأنَّه ثَمَّ رَدَّ إليه يَدَهُ وسُلْطَانَهُ ، وهـٰهُنا بالتَّقْدِيمِ إليه لم تَعُدْ إليه اليَدُ والسُّلْطَانُ ، فإنَّه لا يَتَمَكَّنُ من التَّصَرُّفِ فيه بكلِّ ما يُرِيدُ ، من أَخْذِه وبَيْعِه والصَّدَقَةِ به ، فلم يَبْرَأ الغاصِبُ ، كما لو عَلَفَه / لِدَوَابِّه[٤٦] ، ويَتَخَرَّجُ أن يَبْرَأَ بِنَاءً ٥/٢٤و
على ما مَضَى[٤٧] إذا أَطْعَمَهُ لغيرِ مَالِكِه ، فإنَّه يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على الآكِلِ فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، فيَبْرَأُ هـٰهُنا بِطَرِيقِ الأَوْلَى . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ . وإن وَهَبَ المَغْصُوبَ لِمَالِكِه ، أو أَهْدَاهُ إليه ، فالصَّحِيحُ أنَّه يَبْرَأُ ؛ لأنَّه قد سَلَّمَهُ إليه تَسْلِيمًا صَحِيحًا تَامًّا ، وزَالَتْ يَدُ الغاصِبِ ، وكَلَامُ أحمدَ ، فى رِوَايَةِ الأَثْرَمِ ، وارِدٌ فيما إذا أعْطاهُ عِوَضَ حَقِّه على سَبِيلِ الهَدِيَّةِ ، فأَخَذَهُ المالِكُ على هذا الوَجْهِ ، لا على سَبِيلِ العِوَضِ ، فلم تَثْبُت المُعَارَضَةُ ، ومَسْأَلَتُنا فيما إذا رَدَّ إليه عَيْنَ مالِه ، وأعَادَ يَدَهُ التى أزَالَها . وإن باعَهُ إيَّاهُ ، وسَلَّمَهُ إليه ، بَرِئَ من الضَّمَانِ ؛ لأنَّه قَبَضَهُ بالابْتِيَاعِ ، والابْتِيَاعُ يُوجِبُ الضَّمَانَ .

---

(٤٥) فى ب زيادة : « له » .

(٤٦) فى ب : « لدابة مالكه » .

(٤٧) سقط من : الأصل ، ب .

وإن أَقْرَضَهُ إيّاهُ ، بَرِئَ أيضا ؛ لذلك . وإن أعارَهُ إيّاهُ ، بَرِئَ أيضا ؛ لأنَّ العَارِيَّةَ تُوجِبُ الضَّمَانَ . وإن أَوْدَعَهُ إيّاهُ ، أو آجَرَهُ إيّاهُ ، أو رَهَنَهُ ، أو أَسْلَمَهُ عنده لِيَقْصِرَه أو يُعْلِمَهُ ، لم يَبْرَأْ من الضَّمانِ ، إلَّا أن يكونَ عَالِمًا بالحالِ ؛ لأنَّه لم يَعُدْ إليه سُلْطَانُه ، إنَّما قَبَضَهُ على أنَّه أمانةٌ . وقال بعضُ أصْحابِنَا : يَبْرَأُ ؛ لأنَّه عادَ إلى يَدِه وسُلْطانِه . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ فإنَّه لو أباحَهُ إيّاهُ فأكَلَه ، لم يَبْرَأْ ، فهٰهُنا أَوْلَى .

فصل : إذا اخْتَلَفَ المالِكُ والغاصِبُ فى قِيمَةِ المَغْصُوبِ ، ولا بَيِّنَةَ لأحَدِهما ، فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِه[48] ، فلا يُلْزِمُهُ ، ما لم يُقِمْ عليه به حُجَّةً ، كما لو ادَّعَى عليه دَيْنًا ، فأقَرَّ بِبَعْضِه . وكذلك إن قال المالِكُ : كان كاتِبًا أو له صِنَاعَةٌ . فأنْكَرَ الغاصِبُ ، فالقولُ قولُه كذلك ، فإن شَهِدَتْ له البَيِّنَةُ بالصِّفَةِ ، ثَبَتَتْ . وإن قال الغاصِبُ : كانت فيه سَلْعَةٌ[49] ، أو إصْبَعٌ زائِدَةٌ ، أو عَيْبٌ . فأنْكَرَ المالِكُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ ذلك ، والقولُ قولُ الغاصِبِ فى قِيمَتِه على كلِّ حالٍ . وإن اخْتَلَفَا بعد زِيادَةِ قِيمَةِ[50] المَغْصُوبِ فى وَقْتِ زِيادَتِه ، فقال المالِكُ : زَادَتْ قبلَ تَلَفِه . وقال الغاصِبُ : إنَّما زَادَتْ قِيمَةُ المَتاعِ بعدَ تَلَفِه . فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِه . وإن شاهَدْنَا العَبْدَ مَعِيبًا ، فقال الغاصِبُ : كان مَعِيبًا قبلَ غَصْبِه . وقال المالِكُ : تَعَيَّبَ عندَكَ . فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّه غارِمٌ ، ولأنَّ الظَّاهِرَ أن صِفَةَ العَبْدِ لم تَتَغَيَّرْ . وإن غَصَبَهُ خَمْرًا ، ثم قال صاحِبُه : تَخَلَّلَ عِنْدَكَ . وأنْكَرَ الغاصِبُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقاؤُه على ما كان ، وبَرَاءَةُ الذِّمَّةِ . وإن اخْتَلَفَا فى رَدِّ المَغْصُوبِ ، أو رَدِّ مِثْلِه أو قِيمَتِه ، فالقولُ قولُ المالِكِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ / ذلك ، واشْتِغَالُ الذِّمَّةِ به . وإن اخْتَلَفَا فى تَلَفِه ، فادَّعَاهُ الغاصِبُ ، وأنْكَرَهُ المالِكُ ، فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّه أعْلَمُ بذلك ، وتَتَعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليه ، فإذا حَلَفَ فلِلْمالِكِ المُطالَبَةُ بِبَدَلِه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ رَدُّ العَيْنِ ، فلَزِمَ ٢٤/٥ ظ

(٤٨) فى ب : « الذمة » .

(٤٩) السلعة : الشجة فى الرأس ، كائنة ما كانت .

(٥٠) سقط من : ب .

بَدَلُها ، كما لو غَصَبَ عَبْدًا فأَبَق . وقيل : لَيْسَ له المُطَالَبَةُ بالبَدَلِ ؛ لأنّه لا يَدَّعِيه . وإن قال : غَصَبْتَ مِنِّى حَدِيثًا . فقال : بل عَتِيقًا . فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ وُجُوبِ الحَدِيثِ ، ولِلْمَالِكِ المُطَالَبَةُ بالعَتِيقِ ؛ لأنّه دُونَ حَقِّه .

فصل : وإذا بَاعَ عَبْدًا ، فادَّعَى إنْسانٌ على البائِعِ أنّه غَصَبَهُ العَبْدَ ، وأقَامَ بذلك بَيِّنَةً ، انْتَقَضَ البَيْعُ ، ورَجَعَ المُشْتَرِى على البائِعِ بثَمَنِه ، وإن لم تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فأقَرَّ البائِعُ والمُشْتَرِى بذلك ، فهو كما لو قامَتْ به بَيِّنَةٌ . وإن أقَرَّ البائِعُ وَحْدَهُ ، لم يُقْبَلْ فى حَقِّ المُشْتَرِى ؛ لأنّه لا يُقْبَلُ إقْرَارُه فى حَقِّ غيرِه ، ولَزِمَتِ البائِعَ قِيمَتُه ؛ لأنّه حالَ بينَه وبينَ مِلْكِه ، ويُقَرُّ العَبْدُ فى يَدِ المُشْتَرِى ؛ لأنّه مِلْكُه فى الظَّاهِرِ ، وللبائِعِ إحْلَافُه ، ثم إن كان البائِعُ لم يَقْبِضِ الثَّمَنَ ، فليس له مُطَالَبَةُ المُشْتَرِى به ؛ لأنّه لا يَدَّعِيه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ مُطَالَبَتَهُ بأقَلِّ الأَمْرَيْنِ من الثَّمَنِ أو قِيمَةِ العَبْدِ ؛ لأنّه يَدَّعِى القِيمَةَ على المُشْتَرِى ، والمُشْتَرِى يُقِرُّ له بالثَّمَنِ ، فقد اتَّفَقَا على اسْتِحْقَاقِ أقَلِّ الأَمْرَيْنِ (٥١) ، فوَجَبَ ، ولا يَضُرُّ اخْتِلَافُهُما فى السَّبَبِ بعدَ اتِّفَاقِهِمَا على حُكْمِه ، كما لو قال : عَلَيْكَ أَلْفٌ من ثَمَنِ البَيْعِ . فقال : بل الأَلْفُ من قَرْضٍ . وإن كان قد قَبَضَ الثَّمَنَ ، فليس لِلْمُشْتَرِى اسْتِرْجَاعُه ؛ لأنّه لا يَدَّعِيه . ومتى عَادَ العَبْدُ إلى البائِعِ بِفَسْخٍ أو غيرِه ، وَجَبَ عليه رَدُّهُ على (٥٢) مُدَّعِيه ، وله اسْتِرْجَاعُ ما أَخَذَ منه . وإن كان إقْرَارُ البائِعِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ له ، انْفَسَخَ البَيْعُ ؛ لأنّه يَمْلِكُ فَسْخَه ، فقُبِلَ إقْرَارُه بما يَفْسَخُه . وإن أقَرَّ المُشْتَرِى وَحْدَه ، لَزِمَهُ رَدُّ العَبْدِ ولم يُقْبَلْ إقْرَارُه على البائِعِ ، ولا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عليه بالثَّمَنِ ، إن كان قَبَضَهُ ، ويَلْزَمُه (٥٣) دَفْعُه إليه (٥٤) إن كان لم يَقْبِضْهُ . وإن أقامَ المُشْتَرِى بَيِّنَةً بما أقَرَّ به ، قُبِلَتْ ، وله

---

(٥١) فى الأصل زيادة : « من الثمن » .

(٥٢) فى ب : « إلى » .

(٥٣) فى الأصل : « ولزمه » .

(٥٤) فى م : « عليه » .

الرُّجوعُ بالثَّمنِ . وإن أقامَ البائعُ بَيِّنَةً ، إذا كان هو المُقِرَّ نَظَرْنَا ؛ فإن كان فى حالِ البَيْعِ قال : بِعْتُكَ عَبْدِى هذا أو مِلْكِى هذا[٥٥] . لم تُقْبَلْ بَيِّنَتُه ؛ لأنَّه يُكَذِّبُها وتُكَذِّبُه ، وإن لم يكن قال ذلك ، قُبِلَتْ ؛ لأنَّه يَبِيعُ مِلْكَه وغيرَ مِلْكِه . وإن أقامَ المُدَّعِى البَيِّنَةَ ، سُمِعَتْ ، ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ البائعِ له ؛ لأنَّه يَجُرُّبها إلى نَفْسِه نَفْعًا . وإن أنْكَرَاهُ جَمِيعًا ، فله إحْلَافُهُما إن لم تكنْ له بَيِّنَةٌ . قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ يَجِدُ سَرِقَتَهُ بِعَيْنِها عندَ إنْسَانٍ ، قال : هو مِلْكُه ، يَأْخُذُهُ ، أَذْهَبُ إلى حَدِيثِ سَمُرَةَ ، عن رسولِ اللهِ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ
٢٥/٥و مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَيَتْبَعُ / المُبْتَاعُ مَنْ بَاعَهُ »[٥٦] . رَواهُ هشيم[٥٧] ، عن موسى بن السَّائِبِ ، عن قَتَادَةَ ، عن الحَسَنِ ، عن سَمُرَةَ ، وموسى بن السَّائِبِ ثِقَةٌ .

فصل : وإن كان المُشْتَرِى أَعْتَقَ العَبْدَ ، فأَقَرَّا جَمِيعًا ، لم يُقْبَلْ ذلك ، وكان العَبْدُ حُرًّا ؛ لأنَّه قد تَعَلَّقَ به حَقٌّ لِغَيْرِهما ، فإن وافَقَهُما العَبْدُ ، فقال القاضى : لا يُقْبَلُ أيضا ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ يَتَعَلَّقُ بها حَقُّ اللهِ تعالى ، ولهذا لو شَهِدَ شاهِدَانِ بالعِتْقِ ، مع اتِّفَاقِ السَّيِّدِ والعَبْدِ على الرِّقِّ ، سُمِعَتْ شَهَادَتُهما ، ولو قال رَجُلٌ : أنا حُرٌّ . ثم أَقَرَّ بالرِّقِّ ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُه . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ العِتْقُ إذا اتَّفَقُوا كُلُّهم ، ويَعُودُ العَبْدُ إلى المُدَّعِى ؛ لأنَّه مَجْهُولُ النَّسَبِ ، أَقَرَّ بالرِّقِّ لمن يَدَّعِيه ، فصَحَّ ، كما لو لم يَعْتِقْهُ المُشْتَرِى . ومتى حَكَمْنا بالحُرِّيَّةِ ، فلِلْمالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهما شاءَ قِيمَتَهُ يومَ عِتْقِه ، ثم إن ضَمَّنَ البائعَ ، رَجَعَ على المُشْتَرِى ؛ لأنَّه أَتْلَفَه ، وإن رَجَعَ على المُشْتَرِى ، لم يَرْجِعْ على البائعِ إلَّا بالثَّمَنِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وإن ماتَ العَبْدُ وخَلَّفَ مالًا ، فهو لِلْمُدَّعِى ؛ لاتِّفَاقِهِمْ على أنَّه له . وإنَّما مَنَعْنَا رَدَّ العَبْدِ إليه ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ[٥٨] الحُرِّيَّةِ به ، إلَّا أن يَخْلُفَ وارِثًا فيَأْخُذَه ، ولا يَثْبُتُ الوَلَاءُ عليه لأحَدٍ ؛ لأنَّه لا

---

(٥٥) سقط من : الأصل ، م .

(٥٦) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٧٩ . ويضاف إليه : كما أخرجه النسائى ، فى : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧٦ .

(٥٧) فى ب : « هاشم » . خطأ ، وانظر مواضع التخريج .

(٥٨) سقط من : ب .

يَدَّعِيهِ أحَدٌ . وإن صَدَّقَ المُشْتَرِى البائِعَ وَحْدَهُ ، رَجَعَ عليه بِقِيمَتِه ، ولم يَرْجِع المُشْتَرِى بالثَّمَنِ . وبَقِيَّةُ الأَقْسَامِ على ما مَضَى .

فصل : وإذا بَاعَ عَبْدًا أو وَهَبَهُ ، ثم ادَّعَى أنِّى فَعَلْتُ ذلك قبلَ أن أَمْلِكَه ، وقد مَلَكْتُه الآن بميرَاثٍ أو هِبَةٍ من مَالِكِه ، فيَلْزَمُكَ رَدُّهُ عَلَىَّ ؛ لأنَّ البَيْعَ الأَوَّلَ والهِبَةَ باطِلَانِ . وإن[59] أقَامَ بذلك بَيِّنَةً نَظَرْتَ ؛ فإن كان قال حين البَيْعِ والهِبَةِ : هذا مِلْكِى . أو بِعْتُكَ مِلْكِى هذا . أو كان[60] فى ضِمْنِه إقْرَارٌ بأنه مِلْكُه ، نحو أن يقولَ : قَبَضْتُ ثمنَ مِلْكِى أو قبضْتُهُ . ونحو ذلك ، لم تُقْبَلْ البَيِّنَةُ ؛ لأنَّه مُكَذِّبٌ لها ، وهى تُكَذِّبُه ، وإن لم يكن كذلك ، قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ ؛ لأنَّ الإِنْسَانَ يَبِيعُ ويَهَبُ مِلْكَه وغيرَ مِلْكِه .

فصل : إذا جَنَى العَبْدُ المَغْصُوبُ جِنَايَةً أَوْجَبَتِ القِصَاصَ ، فَاقْتُصَّ منه ، فضَمَانُه على الغاصِبِ ؛ لأنَّه قد[59] تَلِفَ فى يَدَيْهِ ، فإن عُفِىَ عنه على مالٍ ، تَعَلَّقَ ذلك برَقَبَتِه ، وضَمَانُ ذلك على الغاصِبِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَدَثَ فى يَدِهِ ، فلَزِمَهُ ضَمَانُه ؛ لأنَّ ضَمَانَ العَبْدِ ونَقْصَهُ على سَيِّدِه ، ويَضْمَنُهُ بأَقَلِّ الأَمْرَيْنِ من قِيمَتِهِ أو أَرْشِ جِنَايَتِه ، كما يَفْدِيهِ سَيِّدُه . وإن جَنَى / على[61] ما دُونَ النَّفْسِ ، مثل أن قَطَعَ يَدًا فقُطِعَتْ يَدُه قِصاصًا ، فعلى ٢٥/٥ ظ
الغاصِبِ ما نَقَصَ العَبْدُ بذلك دُونَ أَرْشِ اليَدِ ؛ لأنَّ اليَدَ ذَهَبَتْ بِسَبَبٍ غيرِ مَضْمُونٍ ، فأشْبَه ما لو سَقَطَتْ . وإن عُفِىَ عنه على مالٍ ، تَعَلَّقَ أَرْشُ اليَدِ بِرَقَبَتِه ، وعلى الغاصِبِ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ من قِيمَتِه أو أَرْشِ اليَدِ ، فإن زَادَتْ جِنَايَةُ العَبْدِ على قِيمَتِه ، ثم إنَّه ماتَ ، فعلى الغاصِبِ قِيمَتُه ، يَدْفَعُها إلى سَيِّدِه ، فإذا أَخَذَها تَعَلَّقَ أَرْشُ الجِنَايَةِ بها ؛ لأنَّها كانت مُتَعَلِّقَةً بالعَبْدِ ، فتَعَلَّقَتْ بِبَدَلِه ، كما أنَّ الرَّهْنَ إذا أَتْلَفَهُ مُتْلِفٌ ، وَجَبَتْ قِيمَتُه ، وتَعَلَّقَ الدَّيْنُ بها ، فإذا أخَذَ وَلِىُّ الجِنَايَةِ القِيمةَ من المالِكِ ، رَجَعَ المالِكُ على الغاصِبِ

---

(٥٩) سقط من : الأصل .

(٦٠) فى ب ، م : « وكان » .

(٦١) فى ب : « عليه » .

بِقِيمَةٍ أُخْرَى ، لأنَّ القِيمَةَ التى أخَذَها استُحِقّتْ بِسَبَبٍ كان فى يَدِ الغاصِبِ ، فكانتْ من ضَمَانِه . ولو كان العَبْدُ وَدِيعَةً ، فجَنَى جِنَايةً اسْتَغْرَقَتْ قِيمَتَهُ ، ثم إن المُودِعَ قَتَلَه بعدَ ذلك ، وَجَبَتْ عليه قِيمَتُه ، وتَعَلَّقَ بها أَرْشُ الجِنَايَةِ ، فإذا أَخَذَها وَلِىُّ الجِنَايةِ ، لم يَرْجِعْ على المُودِعِ ؛ لأنَّه جَنَى ، وهو غيرُ مَضْمُونٍ عليه . ولو أنَّ العَبْدَ جَنَى فى يَدِ سَيِّدِه جِنَايةً تَسْتَغْرِقُ قِيمَتَهُ ، ثم غَصَبَهُ غاصِبٌ ، فجَنَى فى يَدِه جِنايةً تَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه ، بِيعَ فى الجِنَايَتَيْنِ ، وقُسِمَ ثَمَنُه بينهما ، ورَجَعَ صاحِبُ العَبْدِ على الغاصِبِ بما أَخَذَه الثانى منهما ؛ لأنَّ الجِنَايَةَ كانتْ فى يَدِه ، وكان لِلْمَجْنِىِّ عليه أوَّلًا أن يَأْخُذَه دُونَ الثانى ؛ لأنَّ الذى يَأْخُذُه المالِكُ من الغاصِبِ هو عِوَضُ ما أَخَذَه المَجْنِىُّ عليه ثانِيًا ، فلا يَتَعَلَّقُ به حَقُّهُ ، ويَتَعَلَّقُ به حَقُّ الأَوَّلِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ عن قِيمَةِ الجانِى لا يُزاحِمُ فيه ، فإن ماتَ هذا العَبْدُ فى يَدِ الغاصِبِ ، فعليه قِيمَتُه تُقْسَمُ بينهما ، ويَرْجِعُ المالِكُ على الغاصِبِ بِنِصْفِ القِيمَةِ ؛ لأنَّه ضامِنٌ للجِنَايَةِ الثانِيَةِ ، ويكونُ لِلْمَجْنِىِّ عليه أَوَّلًا أن يَأْخُذَه ؛ لما ذَكَرْنَاهُ .

٨٧٠ – مسألة ؛ قال : (مَنْ أَتْلَفَ لِذِمِّىٍّ خَمْرًا أو خِنْزِيرًا ، فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ ، ويُنْهَى عَنِ التَّعَرُّضِ لَهُمْ فِيمَا لَا يُظْهِرُونَهُ)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّه لا يَجِبُ ضَمَانُ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ ، سواءٌ كان مُتْلِفُه مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا لِمُسْلِمٍ أو ذِمِّىٍّ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى الحارِثِ ، فى الرَّجُلِ يُهَرِيقُ مُسْكِرًا لِمُسْلِمٍ ، أو لِذِمِّىٍّ خَمْرًا ، فلا ضَمَانَ عليه . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : يَجِبُ ضَمَانُهما إذا أَتْلَفَهُما على ذِمِّىٍّ . قال أبو حَنِيفَةَ : إن كان مُسْلِمًا بالقِيمَةِ ، وإن كان ذِمِّيًّا بالمِثْلِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ إذا عَصَمَ عَيْنًا قَوَّمَها ، كنَفْسِ الآدَمِىِّ ، وقد عَصَمَ خَمْرَ الذِّمِّىِّ ، بِدَلِيلِ أن المُسْلِمَ يُمْنَعُ من إتْلافِها ، فيَجِبُ أن يُقَوِّمَها ، ولأنَّها / مالٌ لهم يَتَمَوَّلُونَها ، بِدَلِيلِ ما رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ عامِلَهُ كَتَبَ إليه : إنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ يَمُرُّونَ بالعَاشِرِ[1] ، ومعهم الخُمُورُ . فكَتَبَ إليه عمرُ : وَلُّوهُمْ بَيْعَها ، ٢٦/٥ و

(١) العاشر : عامل الزكاة الذى يقدر العشر .

وَخُذُوا منهم عُشْرَ ثَمَنِها . وإذا كانت مالًا لهم[٢] وَجَبَ ضَمَانُها ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِم . ولَنا ، أنَّ جَابِرًا ، رَوَى أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « أَلَا إنَّ اللهَ ورسُولَهُ حَرَّمَا بَيْعَ الخَمْرِ والْمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ والأَصْنَامِ » . مُتَّفقٌ على صِحَّتِهِ[٣] . وما حَرُمَ بَيْعُه لا لِحُرْمَتِه ، لم تَجِبْ قِيمَتُه ، كالمَيْتَةِ ، ولأنَّ ما لم يكُنْ مَضْمُونًا فى حَقِّ [٤] المُسْلِمِ ، لم يكُنْ مَضْمُونًا فى حَقِّ [٤] الذِّمِّىِّ ، كالمُرْتَدِّ ، ولأنَّها غيرُ مُتَقَوَّمَةٍ ، فلا تُضْمَنُ ، كالمَيْتَةِ ، ودَلِيلُ أنَّها غيرُ مُتَقَوَّمَةٍ فى حَقِّ المُسْلِمِ ، فكذلك فى حَقِّ الذِّمِّىِّ ، فإنَّ تَحْرِيمَها ثَبَتَ فى حَقِّهِما ، وخِطَابُ النَّوَاهِى يَتَوَجَّهُ إليهما ، فما ثَبَتَ فى حَقِّ أحَدِهِمَا ، ثَبَتَ فى حَقِّ الآخرِ . ولا نُسَلِّمُ أنَّها مَعْصُومَةٌ ، بل متى أُظْهِرَتْ حَلَّتْ إرَاقَتُها ، ثم لو عَصَمَها ما لَزِمَ تَقْوِيمُها ؛ فإنَّ نِسَاءَ أَهْلِ الحَرْبِ وصِبْيَانَهُم مَعْصُومُونَ غيرُ مُتَقَوَّمِينَ . وقولُهم : إنَّها مالٌ عندهم . يَنْتَقِضُ بالعَبْدِ المُرْتَدِّ ، فإنَّه مالٌ عندَهم . وأما حَدِيثُ عمرَ ، فمَحْمُولٌ على أنَّه أرادَ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لهم ، وإنَّما أَمَرَ بأَخْذِ عُشْرِ أثْمانِها ، لأنَّهم إذا[٥] تَبَايَعُوا وتَقَابَضُوا [٦] حَكَمْنَا لهم[٦] بالمِلْكِ ولم نَنْقُضْهُ ، وتَسْمِيَتُها أثْمَانًا مَجَازٌ ، كما سَمَّى اللهُ تعالى ثَمَنَ يوسفَ ثَمَنًا ، فقال : ﴿ وشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾[٧] . وأمَّا قولُ الخِرَقِىِّ : ويُنْهَى عن التَّعَرُّضِ لهم فيما

---

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الميتة والأصنام ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣ / ١١٠ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٠٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى ثمن الخمر والميتة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٠١ . والنسائى ، فى : باب النهى عن الانتفاع بشحوم الميتة ، من كتاب الفرع ، وفى : باب بيع الخنزير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ١٥٦ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب ما لا يحل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٣٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٢٤ ، ٣٢٦ ، ٣٤٠ .

(٤ - ٤) سقط من : ب . نقلة نظر .

(٥) سقط من : م .

(٦ - ٦) فى ب : « حكسناهم » .

(٧) سورة يوسف ٢٠ .

لا يُظْهِرُونَهُ ، فلأَنَّ كلَّ ما اعْتَقَدُوا حِلَّهُ فى دِينِهِمْ ، ممَّا لا أَذَى لِلْمُسْلِمِينَ فيه ، من الكُفْرِ ، وشُرْبِ الخَمْرِ واتِّخاذِه[8] ، ونِكَاحِ ذَوَاتِ المَحَارِمِ ، لا يجوزُ لنا التَّعَرُّضُ لهم[9] فيه ، إذا لم يُظْهِرُوهُ ، لأنَّنا الْتَزَمْنا إقْرَارَهم عليه فى دَارِنَا ، فلا نَعْرِضُ لهم فيما الْتَزَمْنَا تَرْكَه ، وما أَظْهَرُوهُ من ذلك ، تَعَيَّنَ إنْكارُه عليهم ، فإن كان خَمْرًا جازَتْ إراقَتُه ، وإن أَظْهَرُوا صَلِيبًا أو طُنْبُورًا جازَ كَسْرُه ، وإن أَظْهَرُوا كُفْرَهُم أُدِّبُوا على ذلك ، ويُمْنَعُونَ من إظْهَارِ ما يُحَرَّمُ على المسلمين .

فصل : وإن غَصَبَ من ذِمِّىٍّ خَمْرًا ، لَزِمَهُ رَدُّها ؛ لأنَّه يُقَرُّ على شُرْبِهَا . وإن غَصَبَها من مُسْلِمٍ ، لم يَلْزَمْ رَدُّها ، ووَجَبَتْ إراقَتُها ؛ لأنَّ أبا طَلْحَةَ سَأَلَ رَسولَ اللهِ ﷺ عن أَيْتامٍ ورِثُوا خَمْرًا ، فأَمَرَهُ بإرَاقَتِهَا[10] . وإن أَتْلَفَها أو تَلِفَتْ عندَه ، لم يَلْزَمْهُ ضَمَانُها ؛ لأنَّ ابنَ عَبَّاسٍ رَوَى عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إنَّ اللهَ إذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ »[11] . ولأنَّ ما حُرِّمَ الانْتِفاعُ به ، لم يَجِبْ ضَمَانُه ، كالمَيْتَةِ والدَّمِ . فإن / أمْسَكَها ٥/٢٦ظ
فى يَدِه حتى صارَتْ خَلًّا ، لَزِمَ رَدُّها على صَاحِبِها ؛ لأنَّها صارَتْ خَلًّا ، على حُكْمِ مِلْكِه ، فلَزِمَ رَدُّها إليه ، فإن تَلِفَتْ ، ضَمِنَها له ؛ لأنَّها مالٌ لِلْمَغْصُوبِ منه تَلِفَ فى يَدِ الغاصِبِ ، وإن أَرَاقَها فجمَعَها إنْسانٌ ، فتَخَلَّلَتْ عندَه ، لم يَلْزَمْهُ رَدُّ الخَلِّ ؛ لأنَّه أخَذَها بعدَ إتْلافِها ، وزَوَالِ اليَدِ عنها .

---

(٨) فى ب : « واتجاره » .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الخمر تخلل ، من كتاب الأشربة . سنن أبى داود ٢ / ٢٩٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ١١٩ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ .

(١١) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع الخمر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٠٦ . والنسائى ، فى : باب بيع الخمر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧١ . والدارمى ، فى : باب النهى عن الخمر وشرائها ، من كتاب الأشربة ، وفى : باب فى النهى عن بيع الخمر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ١١٤ ، ٢٥٦ . والإمام مالك ، فى : باب جامع تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . الموطأ ٢ / ٨٤٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٣٠ ، ٢٤٤ ، ٣٢٤ ، ٣٥٨ .

فصل : وإن غصَبَ كَلْبًا يجوزُ اقتِناؤُه ، وَجَبَ رَدُّه ؛ لأنَّه يجوزُ الانْتِفاعُ به واقْتِناؤُه ، فأَشْبَه المالَ . وإن أَتْلَفَه ، لم يَغْرَمْهُ . وإن حَبَسَهُ مُدَّةً ، لم يَلْزَمْهُ أَجْرٌ ؛ لأنَّه لا تَجوزُ إجارَتُه . وإن غَصَبَ جِلْدَ مَيْتةٍ ، فهل يَلْزَمُه[١٢] رَدُّهُ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على الرِّوَايَتَيْنِ فى طَهَارَتِه بالدَّبْغِ ، فمن قال بطَهَارَتِه ، أَوْجَبَ رَدَّهُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ[١٣] إصْلَاحُهُ ، فهو كالثَّوْبِ النَّجِسِ . ومن قال : لا يَطْهُرُ . لم يُوجِبْ رَدَّهُ ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ إلى إصْلَاحِه . فإن أَتْلَفَهُ ، أو أَتْلَفَ مَيْتَةً بجِلْدِها ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له ، بدَلِيلِ أنَّه لا يَحِلُّ بَيْعُه . وإن دَبَغَهُ[١٤] الغاصِبُ ، لَزِمَ رَدُّه إن[١٥] قُلْنا بطَهَارَتِه ؛ لأنَّه كالخَمْرِ إذا تَخَلَّلَتْ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ رَدُّه ؛ [١٦]لأنَّه صارَ مالًا بِفِعْلِه ، بخِلَافِ الخَمْرِ ، وإن قُلْنا : لا يَطْهُرُ . لم يَجِبْ رَدُّه ؛ لأنَّه لا يُبَاحُ الانْتِفَاعُ به . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ رَدُّه[١٦] ، إذا قُلْنا : يُبَاحُ الانْتِفَاعُ به فى اليَابِسَاتِ . لأنَّه نَجِسٌ يُبَاحُ الانْتِفاعُ به ، أَشْبَهَ الكَلْبَ ، وكذلك قبلَ الدَّبْغِ .

فصل : وإن كَسَرَ صَلِيبًا ، أو مِزْمَارًا ، أو طُنْبُورًا ، أو صَنَمًا ، لم يَضْمَنْهُ . وقال الشّافِعِىُّ : إن كان ذلك إذا فُصِلَ يَصْلُحُ[١٧] لِنَفْعٍ مُباحٍ وإذا كُسِرَ لم يَصْلُحْ له[١٨] ، لَزِمَهُ ما بين قِيمَتِه مُفْصَلًا[١٩] ومَكْسُورًا ؛ لأنَّه أَتْلَفَ بالكَسْرِ مَالَهُ قِيمَةٌ ، وإن كان لا يَصْلُحُ لِمَنْفَعةٍ مُباحَةٍ ، لم يَلْزَمْهُ ضَمَانُه[٢٠] . وقال أبو حنيفةَ : يَضْمَنُ . ولَنا ، أنَّه لا يَحِلُّ بَيْعُه ، فلم[٢١] يَضْمَنْهُ ، كالمَيْتَةِ ، والدَّلِيلُ على أنَّه لا يَحِلُّ بَيْعُه قولُ النبىِّ ﷺ : « إنَّ

---

(١٢) فى م : « يجب » .

(١٣) فى الأصل : « يوجب » .

(١٤) فى الأصل : « دفعه » .

(١٥) فى الأصل : « وإن » .

(١٦–١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى الأصل : « صلح » .

(١٨) فى م : « لنفع مباح » .

(١٩) كذا فى النسخ ، وصحته : « مفصولا » .

(٢٠) سقط من : ب . وفى الأصل : « ضمان » .

(٢١) فى ب : « فلا » .

اللهَ حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ والْمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ والأَصْنَامِ » مُتَّفَقٌ عليه . وقال النبىُّ ﷺ : « بُعِثْتُ بِمَحْقِ القَيْنَاتِ والْمَعازِفِ »[٢٢] .

فصل : وإن كَسَرَ آنِيَةَ[٢٣] ذَهَبٍ أو فِضَّةٍ ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّ اتِّخَاذَها مُحَرَّمٌ . وحَكَى أبو الخَطَّابِ رِوَايَةً أُخْرَى عن أحمدَ ، أنَّه يَضْمَنُ ، فإن مُهَنًّا نَقَلَ عنه فى مَن هَشَمَ على غيرِه إبْرِيقًا فِضَّةً : عليه قِيمَتُه ، يَصُوغُه كما كان . قِيلَ له : أليسَ قد نَهَى النبىُّ ﷺ عن اتِّخَاذِهَا[٢٤] ؟ فسَكَتَ[٢٥] . والصَّحِيحُ أنَّه لا ضَمَانَ عليه . نَصَّ عليه[٢٦] فى رِوَايَةِ المَرُّوذِىِّ[٢٧] فى مَن كَسَرَ إبْرِيقَ فِضَّةٍ : لا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّه[٢٨] أَتْلَفَ ما ليس بمُبَاحٍ ، فلم يَضْمَنْهُ ، كالمَيْتَةِ . ورِوَايةُ مُهَنًّا / تَدُلُّ على أنَّه رَجَعَ عن قَوْلِه ذلك ؛ لِكَوْنِه سَكَتَ ٥/٢٧و حين ذَكَرَ السائِلُ تَحْرِيمَه ، ولأنَّ فى هذه الرِّوَايةِ أنَّه قال : يَصُوغُه ، ولا يَحِلُّ له صِيَاغَتُه[٢٩] . فكيف يَجِبُ ذلك !

فصل : وإن كَسَرَ آنِيةَ الخَمْرِ ، ففيها رِوَايتانِ ؛ إحْداهُما ، يَضْمَنُها ؛ لأنَّها[٣٠] مالٌ يُمْكِنُ الانْتِفاعُ به ، ويَحِلُّ بَيْعُه ، فيَضْمَنُها ، كما لو لم يَكُنْ فيها خَمْرٌ ، ولأنَّ جَعْلَ

---

(٢٢) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٥٧ ، ٢٦٨ .

(٢٣) فى م زيادة : « من » .

(٢٤) أخرجه البخارى ، فى : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب حق إجابة الوليمة والدعوة ... ، من كتاب النكاح ، وفى : باب خواتيم الذهب ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٢ / ٩٠ ، ٧ / ٣١ ، ٢٠٠ . ومسلم ، فى : باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٣ / ١٦٣٥ – ١٦٣٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية لبس المعصفر للرجل والقسى ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠ / ٢٥٢ . والنسائى ، فى : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤ / ٤٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٢٨٤ ، ٢٩٩ ، ٥ / ٣٨٥ ، ٤٠٨ .

(٢٥) فى الأصل : « فكسرت » .

(٢٦) فى م زيادة : « أحمد » .

(٢٧) فى النسخ : « المروزى » . تحريف .

(٢٨) فى الأصل : « ولأنه » .

(٢٩) فى ب ، م : « صناعته » .

(٣٠) فى م : « لأنه » .

الخَمْرِ فيها لا يَقْتَضِى سُقُوطَ ضَمَانِها ، كالبَيْتِ الذى جُعِلَ مَخْزَنًا لِلْخَمْرِ . والثانية ، لا تُضْمَنُ ؛ لما رَوَى الإمامُ أحمدُ ، فى « مُسْنَدِه »[31] : حَدَّثنا[32] أبو بكرِ ابن أبى مَرْيَم ، عن ضَمْرَةَ بن حَبِيبٍ ، قال : قال عبدُ الله بن عمرَ : أَمَرَنِى رسولُ الله ﷺ أن آتِيَهُ بِمُدْيَةٍ ، وهى الشَّفْرَةُ ، فأتَيْتُه بها ، فأَرْسَلَ بها فَأُرْهِفَتْ ، ثم أَعْطَانِيها ، وقال : « اغْدُ عَلَىَّ بها » . فَفَعَلْتُ ، فخَرَجَ بأَصْحَابِه إلى أَسْوَاقِ[33] المَدِينَةِ ، وفيها زِقَاقُ الخَمْرِ قد جُلِبَتْ من الشَّامِ ، فأخَذَ المُدْيَةَ مِنِّى ، فَشَقَّ ما كان من تلك الزِّقَاقِ بحَضْرَتِه كلِّها ، وأَمَرَ أَصْحَابَه الذين كانوا معه أن يَمْضُوا مَعِى ، ويُعَاوِنُونِى ، وأَمَرَنِى أن آتِىَ الأَسْوَاقَ كلَّها ، فلا أَجِدُ فيها زِقَّ خَمْرٍ إلَّا شَقَقْتُه ، فَفَعَلْتُ ، فلم أَتْرُكْ فى أَسْوَاقِها زِقًّا إلَّا شَقَقْتُه . ورُوِىَ عن[34] أنسٍ ، قال : كنتُ أَسْقِى أبا طَلْحَةَ ، وأُبَىَّ بن كَعْبٍ ، وأبا عُبَيْدَةَ ، شَرَابًا من فَضِيخٍ[35] ، فأتَانَا آتٍ ، فقال : إن الخَمْرَ قد حُرِّمَتْ . فقال أبو طَلْحَةَ : قُمْ يا أَنَسُ إلى هذه الدِّنَانِ فاكْسِرْهَا[36] . وهذا يَدُلُّ على سُقُوطِ حُرْمَتِها ، وإبَاحَةِ إتْلَافِها ، فلا يَضْمَنُها ، كسائِرِ المُبَاحَاتِ .

فصل : ولا يَثْبُتُ الغَصْبُ فيما ليس بمالٍ ، كالحُرِّ ؛ فإنَّه لا يُضْمَنُ بالغَصْبِ ، إنَّما يُضْمَنُ بالإتْلَافِ . وإن أخَذَ حُرًّا ، فحَبَسَهُ فماتَ عنده ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّه ليس بمالٍ . وإن اسْتَعْمَلَه مُكْرَهًا ، لَزِمَهُ أَجْرُ مِثْلِه ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى مَنافِعَهُ ، وهى مُتَقَوَّمَةٌ ، فلَزِمَهُ ضَمَانُها ، كمَنَافِعِ العَبْدِ . وإن حَبَسَهُ مُدَّةً لِمِثْلِها أَجْرٌ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ،

---

(31) فى : 2 / 133 .

(32) سقط من : الأصل .

(33) فى الأصل : « سوق » .

(34) سقط من : م .

(35) الفضيخ : عصير العنب .

(36) أخرجه البخارى ، فى : باب نزل تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة ، وفى : باب ما جاء فى إجازة خبر الواحد ، من كتاب الآحاد . صحيح البخارى 7 / 136 ، 9 / 108 ، 109 . ومسلم ، فى : باب تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . صحيح مسلم 3 / 1572 . والإمام مالك ، فى : باب جامع تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . الموطأ 2 / 846 .

يَلْزَمُه أَجْرُ تلك المُدَّةِ ؛ لأنَّه فَوَّتَ مَنْفَعَتَه ، وهى مالٌ يجوزُ أَخْذُ العِوَضِ عنها ، فضُمِنَتْ بالغَصْبِ ، كمَنَافِعِ العَبْدِ . والثانى ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّها تابِعَةٌ لما لا يَصِحُّ غَصْبُه ، فأَشْبَهَتْ ثِيَابَهُ إذا بَلِيَتْ عليه وأَطْرَافَهُ ، ولأنَّها تَلِفَتْ تحت يَدَيْهِ ، فلم يَجِبْ ضَمَانُها ، كما ذَكَرْنَا . ولو مَنَعَهُ العَمَلَ من غير حَبْسٍ ، لم يَضْمَنْ مَنَافِعَه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه لو فَعَلَ ذلك بالعَبْدِ لم يَضْمَنْ مَنَافِعَه ، فالحُرُّ أَوْلَى . ولو حَبَسَ الحُرَّ وعليه ثِيَابٌ ، لم يَلْزَمْهُ ضَمَانُها ؛ لأنَّها تَابِعَةٌ لما لم تَثْبُتِ اليَدُ عليه فى الغَصْبِ ، وسواءٌ كان كَبِيرًا أو صَغِيرًا . وهذا كلُّه مذهبُ أبى حنيفةَ والشَّافِعِىِّ[٣٧] .

٢٧/٥ظ / **فصل** : وأُمُّ الوَلَدِ مَضْمُونةٌ بالغَصْبِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لا تُضْمَنُ ؛ لأنَّ أُمَّ الوَلَدِ لا تَجْرِى مَجْرَى المالِ ، بِدَلِيلِ أنَّه لا يَتَعَلَّقُ بها حَقُّ الغُرَماءِ ، فأَشْبَهَتِ الحُرَّ . ولَنا ، أنَّ ما يُضْمَنُ بالقِيمَةِ ، يُضْمَنُ بالغَصْبِ ، كالقِنِّ ، ولأنَّها مَمْلُوكَةٌ ، فأَشْبَهَتِ المُدَبَّرَةَ ، وفارَقَتِ[٣٨] الحُرَّةَ ؛ فإنَّها ليستْ مَمْلُوكَةً ، ولا تُضْمَنُ بالقِيمَةِ .

فصل : وإذا فَتَحَ قَفَصًا عن[٣٩] طائِرٍ فَطَارَ ، أو حَلَّ دابَّةً[٤٠] فذَهَبَتْ ، ضَمِنَها . وبه قال مالِكٌ . وقال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ : لا ضَمَانَ عليه ، إلَّا أن يكونَ أَهَاجَهُما حتى ذَهَبَا[٤١] . وقال أَصْحابُ الشّافِعِىِّ : إن وَقَفَا بعدَ الفَتْحِ والحَلِّ ، ثم ذَهَبَا ، لم يَضْمَنْهُما ، وإن ذَهَبَا عَقِيبَ ذلك ، ففيه قَوْلانِ . واحْتَجَّا[٤٢] بأن لهما اخْتِيَارًا ، وقد وُجِدَتْ منهما المُبَاشَرَةُ ، ومن الفاتِحِ سَبَبٌ غيرُ مُلْجِئٍ . فإذا اجْتَمَعَا ، لم يَتَعَلَّق

---

(٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) فى ب : « وفارق » .

(٣٩) فى ب ، م : « على » .

(٤٠) فى ب ، م : « دابته » .

(٤١) فى م زيادة : « عقيب » .

(٤٢) أى أبو حنيفة والشافعى .

الضَّمَانُ بالسَّبَبِ ، كما لو حَفَرَ بئرًا فجاءَ عَبْدٌ لإنسانٍ ، فرمَى نَفْسَهُ فيها . ولَنا ، أنَّه ذَهَبَ بسَبَبِ فِعْلِه ، فلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كما لو نَفَّرَهُ ، أو ذَهَبَ عَقِيبَ فَتْحِه وحَلِّه ، والمُبَاشَرَةُ إنَّما حَصَلَتْ ممَّن لا يُمْكِنُ إحَالَةُ الحُكْمِ عليه ، فيَسْقُطُ ، كما لو نَفَّرَ الطائِرَ ، وأَهَاجَ الدَّابَّةَ ، أو أَشْلَى[٤٣] كَلْبًا على صَبِيٍّ فقَتَلَهُ ، أو أَطْلَقَ نَارًا فى مَتَاعِ إنْسانٍ ، فإنَّ لِلنَّارِ فِعْلًا، لكنْ لمَّا لم يُمْكِنْ إحَالَةُ الحُكْمِ عليها ، كان وُجُودُه كعَدَمِه ، ولأنَّ الطائِرَ وسائِرَ الصَّيْدِ مِن طَبْعِه النُّفُورُ ، وإنَّما يَبْقَى بالمانِعِ ، فإذا أُزِيلَ المانِعُ ذَهَبَ بِطَبْعِه ، فكان ضَمَانُه على مَن أَزَالَ المانِعَ ، كمن قَطَعَ عِلَاقَةَ قِنْدِيلٍ ، فوَقَعَ فانْكَسَرَ . وهكذا لو حَلَّ قَيْدَ عَبْدٍ فذَهَبَ ، أو أَسِيرٍ فأَفْلَتَ . وإن فَتَحَ القَفَصَ ، وحَلَّ الفَرَسَ ، فبَقِيَا واقِفَيْنِ ، فجاءَ إنْسانٌ فنَفَّرَهُما فذَهَبَا ، فالضَّمَانُ على مُنَفِّرِهِما ؛ لأنَّ سَبَبَهُ أَخَصُّ ، فاخْتَصَّ الضَّمَانُ به ، كالدَّافِعِ مع الحافِرِ . وإن وَقَعَ طائِرُ إنْسانٍ على جِدَارٍ ، فنَفَّرَهُ إنْسانٌ ، فطَارَ ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّ تَنْفِيرَه لم يَكُنْ سَبَبَ فَوَاتِه ، فإنَّه كان مُمْتَنِعًا قبلَ ذلك . وإن رَمَاهُ فقَتَلَهُ ، ضَمِنَه . وإن كان فى دَارِه ؛ لأنَّه كان يُمْكِنُه تَنْفِيرُه بغيرِ قَتْلِه . وكذلك لو مَرَّ الطائِرُ فى هَوَاءِ دَارِه ، فرَمَاهُ فقَتَلَهُ ، ضَمِنَهُ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ مَنْعَ الطَّائِرِ من هَوَاءِ دارِه[٤٤] ، فهو كما لو رَمَاهُ فى هَوَاءِ دارِ غيرِه .

فصل : ولو حَلَّ زِقًّا فيه مائِعٌ ، فانْدَفَقَ ، ضَمِنَهُ ، سواءٌ خَرَجَ فى الحالِ ، أو خَرَجَ قَلِيلًا قَلِيلًا ، أو خَرَجَ منه شىءٌ بَلَّ أَسْفَلَهُ فسَقَطَ ، أو ثَقَّلَ أَحَدَ جَانِبَيْه فلم يَزَلْ يَمِيلُ قَلِيلًا قَلِيلًا حتى سَقَطَ ، أو سَقَطَ بِرِيحٍ ، أو بِزَلْزَلَةِ الأَرْضِ ، أو كان جَامِدًا فذَابَ بِشَمْسٍ ؛ لأنَّه تَلِفَ بسَبَبِ فِعْلِه . وقال القاضى : لا يَضْمَنُ إذا سَقَطَ بِرِيحٍ أو زَلْزَلَةٍ ، ويَضْمَنُ فيما سِوَى ذلك . وهو قولُ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ . ولهم فيما إذا / ذابَ بالشَّمْسِ وَجْهَانِ ، ٥/٢٨و
واحْتَجُّوا بأنَّ فِعْلَه غيرُ مُلْجِئٍ ، والمَعْنَى الحادِثُ مُبَاشَرَةٌ ، فلم يَتَعَلَّق الضَّمَانُ[٤٥]

---

(٤٣) أشلاه : أغراه .

(٤٤) فى الأصل : « الدار » .

(٤٥) فى ب زيادة : « به » .

بِفِعْلِه . كما لو دَفَعَهُ إنْسَانٌ . ولَنا ، أنَّ فِعْلَهُ سَبَبُ تَلَفِه ، ولم يَتَخَلَّلْ بينهما ما يُمْكِنُ إحَالَةُ الحُكْمِ عليه ، فوَجَبَ عليه الضَّمَانُ ، كما لو خَرَجَ عَقِيبَ فِعْلِه ، أو مالَ قَلِيلًا قَلِيلًا ، وكما لو جَرَحَ إنْسَانًا ، فأصَابَهُ الحَرُّ أو البَرْدُ ، فَسَرَتِ الجِنَايَةُ فإنَّه يَضْمَنُ . وأمَّا إن دَفَعَهُ إنْسانٌ ، فإنَّ المُتَخَلِّلَ بينهما مُبَاشَرَةٌ يُمْكِنُ الإحَالَةُ عليها ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . ولو كان جامِدًا ، فأدْنَى منه آخَرُ نَارًا ، فأذَابَهُ فسَالَ ، فالضَّمَانُ على مَن أذَابَهُ ؛ لأنَّ سَبَبَهُ أخَصُّ ، لِكَوْنِ التَّلَفِ يَعْقُبُهُ ، فأشْبَهَ المُنَفِّرَ مع فاتِحِ القَفَصِ . وقال بعضُ الشّافِعِيَّةِ : لا ضَمَانَ على واحِدٍ منهما ، كسارِقَيْنِ نَقَّبَ أحَدُهُما ، وأَخْرَجَ الآخَرُ[46] المَتاعَ . وهذا فاسِدٌ ؛ لأنَّ مُدْنِيَ النَّارِ ألْجَأَهُ إلى الخُرُوجِ ، فضَمِنَه ، كما لو كان واقِفًا فدَفَعَهُ . والمَسْأَلَةُ حُجَّةٌ عليه ؛ فإنَّ الضَّمَانَ على مُخْرِجِ المَتَاعِ من الحِرْزِ ، والقَطْعُ حَدٌّ[47] لا يَجِبُ إلَّا بِهَتْكِ الحِرْزِ [48] وأخْذِ المالِ[48] جَمِيعًا ، ثم إن الحَدَّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، بخِلَافِ الضَّمَانِ . ولو أذَابَه أحَدُهُما أوَّلًا ، ثم فَتَحَ الثانِى رَأْسَه ، فانْدَفَق ، فالضَّمَانُ على الثانِى ؛ لأنَّ التَّلَفَ تَعَقَّبَهُ . وإن فَتَحَ زِقًّا مُسْتَعْلِيَ الرَّأْسِ ، فخَرَجَ بعضُ ما فيه ، واسْتَمَرَّ خُرُوجُه قَلِيلًا قَلِيلًا ، فجاءَ آخَرُ فنَكَّسَهُ ، فانْدَفَق ، فضَمَانُ ما خَرَجَ بعد التَّنْكِيسِ على المُنَكِّسِ ، وما قَبْلَهُ على الفاتِحِ ؛ لأنَّ فِعْلَ الثانِى أخَصُّ ، كالجارِحِ والذَّابِحِ .

فصل : وإن حَلَّ رِبَاطَ سَفِينَةٍ فذَهبَتْ أو غَرِقَتْ ، فعليه قِيمَتُها ، سواءٌ تَعقَّبَ فِعْلَه أو تَرَاخَى . والخِلَافُ فيها كالخِلَافِ فى الطَّائِرِ فى القَفَصِ .

فصل : وإذا أُوْقَدَ فى مِلْكِه نارًا ، أو فى مَوَاتٍ ، فطَارَتْ شَرَارَةٌ إلى دارِ جَارِه فأَحْرَقَتْها ، أو سَقَى أَرْضَه فنَزَلَ الماءُ إلى أَرْضِ جَارِه فغَرَّقَها ، لم يَضْمَنْ إذا كان فَعَلَ ما جَرَتْ به العادَةُ من غيرِ تَفْرِيطٍ ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ ، ولأنَّها سِرَايَةُ فِعْلٍ مُبَاحٍ ، فلم يَضْمَنْ ،

---

(٤٦) فى الأصل ، م : « آخر » .

(٤٧) سقط من : الأصل .

(٤٨ – ٤٨) فى الأصل ، ب : « والأخذ » .

كسِرَايَةِ القَوَدِ ، وفارَقَ مَن حَلَّ زِقًّا فانْدَفَقَ ؛ لأنَّه مُتعَدٍّ بِحَلِّه ، ولأنَّ الغالِبَ خُرُوجُ المائِعِ من الزِّقِّ المَفْتُوحِ ، وليس الغالِبُ سِرَايةَ هذا الفِعْلِ المُعْتَادِ إلى تَلَفِ مالِ غيرِه . وإن كان ذلك[٤٩] بتَفرِيطٍ منه ، بأن أجَّجَ نارًا تَسْرِى فى العادَةِ لِكَثْرَتِها ، أو فى رِيحٍ شَدِيدَةٍ تَحْمِلُها ، أو فَتَحَ مَاءً كَثِيرًا يَتَعدَّى ، أو فَتحَ الماءَ فى أرْضِ غيرِه ، أو أوْقَدَ فى دارِ غيرِه ، ضَمِنَ ما تَلِفَ به . وإن سَرَى إلى غيرِ الدَّارِ التى أوْقَدَ فيها ، والأرْضِ التى فَتَحَ[٥٠] الماءَ فيها ؛ لأنَّها سِرَايةُ عُدْوَانٍ ، أشْبَهَتْ سِرَايَةَ الجُرْحِ / الذى تَعدَّى به . وإن أوْقَدَ نارًا ٥/٢٨ ظ
فأيْبَسَتْ أغْصَانَ شَجَرَةِ غيرِه ، ضَمِنَها ؛ لأنَّ ذلك لا يكونُ إلَّا من نارٍ كَثِيرَةٍ ، إلَّا أن تكونَ الأغْصَانُ فى هَوَائِه ، فلا يَضْمَنُها ؛ لأنَّ دُخُولَها عليه غيرُ مُسْتَحقٍّ ، فلا يُمْنَعُ من التَّصرُّفِ فى دَارِه ؛ لِحُرْمَتِها . وهذا الفصلُ مذهبُ الشّافِعِىِّ فيه[٥٠] كما ذَكَرْنا سواءً .

فصل : وإن ألْقَتِ الرِّيحُ إلى دَارِه ثَوْبَ غيرِه ، لَزِمَهُ حِفْظُه ؛ لأنَّه أمَانةٌ حَصَلَتْ تحتَ يَدِه ، فلَزِمَهُ حِفْظُه ، كاللُّقَطَةِ . وإن لم يَعْرِفْ صَاحِبَهُ ، فهو لُقَطَةٌ تَثْبُتُ فيه أحْكَامُها . وإن عَرَفَ صَاحِبَهُ ، لَزِمَهُ إعْلَامُه ، فإن لم يَفْعَلْ ضَمِنَهُ ؛ لأنَّه أمْسَكَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه من غيرِ تَعْرِيفٍ ، فصارَ كالغاصِبِ . وإن سَقَطَ طَائِرٌ فى دَارِه ، لم يَلْزَمْهُ حِفْظُه ، ولا إعْلَامُ صاحِبِه ؛ لأنَّه مَحْفُوظٌ بنَفسِه . وإن دَخَلَ بُرْجَهُ ، فأغْلَقَ عليه البابَ ناوِيًا إمْسَاكَه لِنَفْسِه ، ضَمِنَهُ ؛ لأنَّه أمْسَكَ مالَ غيرِه لِنَفْسِه ، فهو كالغاصِبِ ، وإلَّا فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّه يَتَصرَّفُ فى بُرْجِه كيف شاءَ ، فلا يَضْمَنُ مالَ غيرِه بتَلَفِه ضِمْنًا ، لِتَصرُّفِه الذى لم يَتَعَدَّ فيه .

فصل : إذا أكَلَتْ بَهِيمَةٌ حَشِيشَ قَوْمٍ ، ويَدُ صَاحِبِها عليها ، لِكَوْنِه معها ، ضَمِنَ ، وإن لم يَكُنْ معها ، لم يَضْمَنْ ما أكَلَتْهُ . وإذا اسْتَعارَ من رَجُلٍ بَهِيمَتَه ، فأتْلَفَتْ

---

(٤٩) سقط من : ب .

(٥٠) سقط من : ب ، م .

شيئا وهى فى يَدِ المُسْتَعِيرِ ، فضَمَانُه على المُسْتَعِيرِ ، سواءٌ أَتْلَفتْ شيئا لِمَالِكِها أو لغيرِه ؛ لأَنَّ ضَمَانَهُ يَجِبُ باليَدِ ، واليَدُ لِلْمُسْتَعِيرِ . وإن كانت البَهِيمَةُ فى يَدِ الرَّاعِى ، فأَتْلفتْ زَرْعًا ، فالضَّمَانُ على الرَّاعِى دُونَ صَاحِبِها ؛ لأَنَّ إتْلافَها لِلزَّرْعِ فى النَّهارِ لا يُضْمَنُ إلَّا بِثُبُوتِ اليَدِ عليها ، واليَدُ لِلرَّاعِى دون المالِكِ ، فكان الضَّمَانُ عليه ، كالمُسْتَعِيرِ . وإن كان الزَّرْعُ لِلْمَالِكِ ، فإن كان لَيْلًا ضَمِنَ أيضا ؛ لأَنَّ ضَمَانَ اليَدِ أَقْوَى ، بِدَلِيلِ أَنَّه يَضْمَنُ به فى اللَّيْلِ والنَّهارِ جميعا .

فصل : إذا شَهِدَ بالغَصْبِ شَاهِدَانِ ، فشَهِدَ أحَدُهُما أنَّه غَصَبَهُ يومَ الخَمِيسِ ، وشَهِدَ آخَرُ أنَّه غَصَبَهُ يومَ الجُمُعَةِ ، لم تَتِمَّ البَيِّنَةُ ، وله أن يَحْلِفَ مع أحَدِهِما . وإن شَهِدَ أحَدُهُما أنَّه أقَرَّ بالغَصْبِ يومَ الخَمِيسِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه أقَرَّ بِغَصْبِه(٥١) يومَ الجُمُعَةِ ، (٥٢ثَبَتَتِ البَيِّنَةُ ؛ لأنَّ الإقْرَارَ وإن اخْتَلَفَ رَجَعَ إلى أَمْرٍ واحِدٍ . وإن شَهِدَ أنَّه أقَرَّ أنَّه غَصَبَهُ يوم الخَمِيسِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه (٥٣أقَرَّ أنَّه٥٣) غَصَبَهُ يوم الجُمُعةِ٥٢) ، لم تَثْبُتِ البَيِّنَةُ أيضا . وإن شَهِدَ له واحِدٌ ، وحَلَفَ معه ، ثَبَتَ الغَصْبُ ، فلو كان الغاصِبُ حَلَفَ (٥٤أنَّه لم يَغْصِبْهُ بالطَّلاقِ٥٤) لم نُوقِعْ طَلَاقَهُ ؛ لأنَّ الشَّاهِدَ واليَمِينَ بَيِّنَةٌ فى المالِ ، لا فى الطَّلَاقِ . واللهُ أعلمُ .

---

(٥١) فى ب ، م : « ببعضه » .
(٥٢ – ٥٢) سقط من : الأصل . نقلة نظر .
(٥٣ – ٥٣) سقط من : م .
(٥٤ – ٥٤) فى م : « بالطلاق أنه لم يغصبه » .